


FONDO PROVINCIA

L' ARCHITETTURA
LEGALE

PARTE QUARTA

DEL DIRITTO

DI ERIGER FABBRICHE

E DEL DIRITTO DI VIETARLE

DELL' USO, E NON USO DELLE SERVITÙ

E DELL' USUCAPIONE

DEL DIRITTO
DI ERIGER FABBRICHE
E DEL
DIRITTO DI VIETARLE

DELL' USO E NON USO DELLE SERVITÙ

NON CHE DELLE SINGOLE SPECIE

E DELL' USUCAPIONE E PRESCRIZIONE

DELLE MEDESIME

DI

MICHELE SCHUSTER

DOTTORE DI FILOSOFIA E DI TUTTE LE LEGGI, I. R CONSIGL., PUBBLICO E ORDINARIO PROFESSORE DEL DIRITTO CIV. AUSTR. ALL'UNIVERSITA' DI PRAGA, SENIORE DEI PROFESS. DEL DIRITTO, AVVOCATO PROVINCIALE E MEMBRO DELLA COMMISS. DELLA PRIVATA PATRIOTTICA SOCIETA' DEGLI AMATORI DELLE BELLE ARTI DI QUELLA CITTA'.





FIRENZE
PER V. BATELLI E FIGLI
1838.

Prefazione

Solo per seguire la consuetudine suolsi porre in fronte alle nuove opere una Prefazione, ma nel mio caso essa rendesi troppo necessaria, poichè altrimenti la discussione di quei rami di giurisprudenza onde si tratta in quest' opera, difficilmente potrebbe corrispondere all' aspettazione di molti de' miei leggitori.

Nel primo volume del mio Comentario al Codice Civile Austriaco promisi che gli altri volumi si succederebbero l' un l' altro al più presto possibile; l' adempimento di questa promessa dovrebbe starmi tanto più a cuore, in quanto che le frequenti ricerche della continuazione della mia opera debbon essere per me uno stimolo assai lusinghiero.

Il titolo dunque della presente opera recherà senza dubbio qualche sorpresa, e farà nascere fin' anche l' idea ch' io voglia rinunziare

alla continuazione della faticosa mia impresa, nella quale molti miei concittadini che conoscono la moltiplicità delle mie occupazioni, già non ripongono alcuna particolare fiducia. Esso potrà forse sorprendere anche coloro, i quali dalla mia perseveranza sperano di meglio, vedendo che ora pubblico dei trattati sopra materie, le quali anche nel caso in cui io mi fossi proposto di proseguire altrimenti l'incominciato filo, debbono necessariamente divenire oggetto dell' opera principale.

Strano sembrerà quindi assolutamente cotesto mio metodo, ma esaminandolo bene, spero che se ne avrà una evidente prova; che in tal guisa io ho abbracciato appunto la via più opportuna per la formazione del mio Comentario, senza scostarmi dallo scopo già prima prefissomi.

Nella Prefazione al primo volume del mio Comentario ho espresso lo scopo scientifico che mi sono proposto per base del medesimo, e dissi: *che io voleva somministrare una raccolta di materiali importanti per un Comentario in cui le prescrizioni del Codice Civile fossero discusse a guisa di scienza, come lo è il diritto romano; che quindi avrei sottoposto a critico esame ogni prescrizione, sviluppato il filosofico scopo e l'esteso spirito della medesima, analizzato le risultanze che ne emergono, e dimostrato col sussidio di passi analoghi, gli effetti*

delle singole prescrizioni; che vi avrei stabilito la teoria che serve di fondamento all' intero sistema ed a ciascuna materia legale; tracciato le più precise linee di demarcazione le quali si trovano fra le disposizioni che sembrano collidersi fra loro, e che dall' ignorante sono dichiarate contraddittorie; che in fine avrei sciolto qualunque problema di diritto che potesse mai dalla ragione comune suscitarsi, in guisa che un tale Comentario somministrasse in tutti gli oggetti, intorno ai quali si amasse consultarlo, tutte le più soddisfacenti dilucidazioni sotto l' aspetto teoretico, filosofico, e positivo.

Se, e fino a quel punto i materiali che ho forniti nel mio primo volume corrispondano allo scopo da me dichiarato, lascio ai miei leggitori il giudicarlo. Io debbo per altro confessare che se continuassi nel cominciato metodo a trattare a fondo la giurisprudenza, ciò ridonderebbe soltanto in pregiudizio d' uno scopo assai più desiderabile, e per lo meno di uno più interessante ai nostri tempi. Imperocchè se lo stato dei rapporti legali d' un popolo riceve mediante un nuovo Codice un' altra direzione, e se la dottrina legale, che per tal modo si sviluppa dev'essere dalle illustrazioni degli scrittori portata a quel grado di scientifica perfezione al quale vediamo pervenuta la scienza del diritto romano, un tale sforzo non potrà certo venir

altrimenti coronato da buon successo, se le relative opere legali che veggono la luce, non seguono quel ponderato sistema di discussione cui si deve per massima attenersi nella graduale istruzione d' uno scolare, onde formarlo un giureconsulto.

Prima di tutto è quindi mestieri compilare un Comentario facile a comprendersi, il quale sviluppi di § in § il senso letterale della legge, ed istruisca sulla sua estensione ed influenza nei singoli rapporti legali; riferendosi a passi di legge analoghi. Dappoichè le scienze rifiorirono nel medio evo, gli sforzi dei dotti di quel tempo erano diretti a dilucidare prima d'ogn' altro il Codice di Giustiniano col mezzo di brevi illustrazioni, le quali corrispondono appunto alla testè motivata idea, per cui si è finalmente formato il *corpus juris glossatum*. Anche i popoli austriaci, mercè le cure del signor consigliere anlico de Zeiller, il Nestore dei giureconsulti nostri, sono già da gran tempo in possesso di un Codice civile corredato da glose. Ho quindi pensato io pure, senza temere ostacoli di sorta, di poter intraprendere la compilazione d'un Comentàrio, il quale a guisa di quelli dei più recenti giureconsulti, p. e. di Lauterbach, del Voet, di Glück e di molti altri, abbracciasse in sè l' intera giurisprudenza austriaca; e sviluppasse appieno non solamente

la teoria che in questa ha per base, ma sciogliesse contemporaneamente qualunque quistione che potesse mai essere stata agitata da un giureconsulto, e intorno alla quale si potesse desumere uno schiarimento convincente da qualche massima, che sebbene non letteralmente pronunciata dal nostro Codice, vi esiste tuttavia di certo sotto qualche principio legale, ed è da esso desunta.

Questa è la meta cui ho cercato di pervenire nel primo volume del mio Comentario, nè credo che imputarmi si possa d'avere colle varie osservazioni apposte ai singoli paragrafi allontanata di troppo l'attenzione de' miei lettori dalla mente dichiarata dal nostro legislatore e che gradatamente si appalesa; poichè mi è stata favorevole la circostanza, che quasi ognuno di quei paragrafi tratta un oggetto legale che stà da se medesimo, di maniera che non è stata necessaria veruna precauzione onde non venisse forse distrutto con un troppo minuto dettaglio dei rapporti sì prossimi che remoti, quello spirito che anima il tutto, e connette ciascun paragrafo coi §. consecutivi.

All' opposto in tutt' altra situazione mi trovo nel comentare la maggior parte dei successivi capitoli. Quasi cadauno d'essi tratta una istituzione legale che sta da sè medesima. Da principio ne vien sempre data l'idea, e soltanto

i successivi §§ la sviluppano interamente coll' approfondirla sempre più, e in conseguenza vien essa ognor più esattamente definita, oppure si stabiliscono delle norme positive pei diversi rapporti sotto i quali quella istituzione venne fondata, o per i quali può in seguito divenir applicabile.

Le singole prescrizioni della maggior parte dei capitoli stanno quindi in una necessaria connessione fra loro, la quale non può essere interrotta da moltiplici discussioni (massimamente se fossero tali da rivolgere l' attenzione nella parte più intrinseca d' altre legali istituzioni), se si vuole che l' opera mia possa gloriarsi del nome d' un Comentario, vale a dire, che abbia da seguire grado per grado le tracce medesime del legislatore, e non da servire soltanto di repertorio alle persone istrutte, ma ben anche ai seguaci di Temi per formarsi poco a poco uomini di senno all' appoggio d' un sistema. Qui però è facile il ravvisare ch' io non sono in grado di corrispondere appuntino alle premesse condizioni.

Imperocchè siccome, malgrado le mie deboli forze, io mi affatico d' esaurire la giurisprudenza, perciò non mi è possibile di tenere un progressivo andamento. Quindi s' io debbo rispondere a tutti i quesiti legali che vengono discussi dai giureconsulti, e che non

sono decisi dal tenor letterale del nostro Codice, debbo ciò fare per conseguenza di ragione in quel luogo dove la quistione pel suo necessario rapporto dev' essere agitata. Allora poi avviene quasi sempre che la mera discussione di quel paragrafo, che sto appunto dilucidando, a tal uopo non basta, e che anzi di sovente esso non offre nemmeno un punto d' appoggio, cosichè è sempre necessario il riferirsi a massime contenute in tutt' altri §§. Io mi riporto per esempio alla mia dottrina dei privilegi illustrata già sotto il § 13, ove fu indispensabile il riferirsi a regole fondamentali che sono contenute forse in venti diversi capitoli.

Queste ed altre simili discussioni, assolutamente indispensabili, non sono però ancor quelle per le quali io abbia a temere, che a cagione di esse possa interrompersi, con pregiudizio d' una istruzione sistematica, il filo delle idee del legislatore, poichè desso conservasi quando si leggano soltanto le più prossime osservazioni fatte ad ogni §, che sono le vere illustrazioni, oppur anche le consecutive nelle quali io faccio l' applicazione dell' intrinseca influenza dello spirito della legge già discusso, ad altri rapporti legali, o quando procedo allo scioglimento di certi quesiti, che debbono proporsi sotto un determinato §, sebbene vengano decisi da uno affatto diverso; e

così pure quando si legga ripetutamente il §, che ho illustrato. Se ciò malgrado foss' io creduto meritevole di biasimo, mi consolerò al riflesso che questa è la sorte di tutti i comentarj che abbia mai fornito la repubblica de' giureconsulti, i quali si avvicinano appena a qualche esaurimento delle materie.

All' opposto se dovessi nei miei volumi ulteriori proseguire col metodo finora osservato il mio divisamento di trattare *ex professo* la dottrina legale, temerei la giusta taccia, che il filo venisse di troppo, o troppo sovente troncato; che la mia opera escisse quindi perfino dalla natura de' comentarj, ed assumesse piuttosto il carattere d' una raccolta di trattati, poichè bene spesso, senz' aver io riguardo alla esposizione sistematica e progressiva adottata dal legislatore, svilupperei dei principj di diritto, e discuterei delle quistioni legali, che non si possono applicare al § cui sono apposte, tampoco che a qualunque altro.

Il motivo di questo imbarazzo sta nell' intrinseca natura del Codice. Sebbene esso formi un tutto sistematico derivato dalla più pura teoria del diritto, ciò nulla meno il nostro legislatore ha per lo più pronunciato soltanto le conseguenze di questa teoria, il rinvenir la quale è officio dell' indagatore teoretico e del cattedratico.

Noi abbiamo p. e. nel Codice un numero considerabile di paragrafi quà e là sparsi, i quali da certi fatti deducono un assenso tacito, e sotto certi rapporti anche presunto; ne abbiamo molti altri i quali trattano di obblighi che non hanno il loro fondamento che nella disposizione del legislatore; molti ancora che trattano i quesiti intorno all' influenza del caso sopra singole prescrizioni legali, ed infinite altre quistioni, che vengono egualmente contemplate in §§. quà e là dispersi, ed in capitoli del tutto differenti. Queste diverse disposizioni, in quantochè trattano lo stesso oggetto, non emanarono assolutamente dall' illimitato arbitrio dei dominatori, ma soltanto da una provvida cura guidata dalle massime della filosofia del diritto.

Tutti i paragrafi p. e. che trattano del caso, che non sono meno di 55, non contengono certamente, come può sembrare a molti, altrettante differenti prescrizioni, ma essi non sono che il risultamento d'una particolare dottrina sistematica fondamentale. Convien dunque indagare questa dottrina, giacchè il mezzo per conoscerla è più agevole di quello che si pensi.

Si esaminino a tal uopo i motivi che possono aver determinato il legislatore in cadauna disposizione, e siccome il metodo progressivo sempre conseguente è una innegabile preroga-

tiva del nostro Codice, così si rimarrà ognora convinti che tutti questi §§ per loro natura analoghi, hanno per origine una causa fondamentale comune d'onde la più parte di essi è immediatamente attinta, e coi quali sono in connessione fin' anche gli altri che sembrano deviare. Ma in tal caso ciò avviene perchè non esistono più le circostanze presunte dalla causa fondamentale, per cui è d'uopo appigliarsi ad una massima tutta diversa, e per lo più anche tale, che considerata come principio d'una più alta categoria domina perfino la stessa causa fondamentale. Imperocchè in un Codice tanto conseguente come il nostro non hanno assolutamente luogo eccezioni reali da una massima già una volta pronunciata, mentre ciò ch'è già stabilito quale dimostrata verità, dev'essere sostenuto nel suo chiaro splendore in tutte le diramazioni anche le più remote dei rapporti legali.

I vantaggi che si ritraggono da simili indagini dei principii fondamentali delle disposizioni di legge, sono della massima importanza, poichè ciò che altrimenti essere dovrebbe officio della memoria, viene così a formare soggetto di un sapere più profondo che serve di guida in tutti i rapporti legali. Quindi senza aver bisogno d'imprimersi prima nella mente §§ 55, si trova anzi la chiave di essi mediante l'indagine della

massima che tutti assieme li domina, e rimane al tempo stesso garantita da errori la decisione, quand' anche le circostanze presunte dalla legge si presentassero sott' altro aspetto. Tali indagini non si possono agevolmente applicare ad un determinato §, poichè desse si riferiscono al sistema di molti §§ analoghi sparsi in differenti capitoli, ch' è però necessario determinare prima di passare alla spiegazione d' alcuno di essi. S' io dunque volessi proseguire il mio Comentario colla mira d' esaurir tutto, null' altro mi rimarrebbe se non che di applicare una tale dottrina al più vicino § analogo, p. e. la dottrina del caso, al § 46 (1), e siccome non si potrebbe stabilirla senza analizzare lo spirito di ben 53 §§, così è manifesto, che ciò non potrebbe altrimenti aver luogo, se non con pregiudizio della chiarezza dell' esposizione della dottrina sistematica, e coll' amalgamare questa dottrina con quella d' un' altra materia legale, p. e. nel

(1) Pare in fatti che questa dottrina potrebbe venir più opportunamente applicata al § 1311 che tratta del caso; ma anche il § 1427 la reclama con pari forza. Ora si applichi essa a questo o a quel §, in ogni evento gli oggetti legali contenuti nei due capitoli che comprendono i due menzionati §§, verranno sempre da una tale dottrina troppo disgiunti. L' applicare altre dottrine fondamentali ad un determinato §, è poi ancor più pericoloso, p. e. l' unione della dottrina risguardante i motivi che determinarono il legislatore a stabilire l' assenso tacito e presunto cogli obblighi legali.

concreto caso, con quella del diritto del matrimonio.

Non volendo io dunque or dipartirmi dal duplice scopo che mi sono già prefisso, non solo di comentare il Codice, ma di approfondire contemporaneamente con ogni mia possa il diritto privato sotto l'aspetto scientifico e pratico, altro mezzo non mi resta per conseguire questo intento, se non che di sceglierè per iscopo precipuo la spiegazione del testo fondamentale, conservando bensì a tal effetto in massima il metodo osservato nel primo volume, ma ommettendo tutte le più estese sebben opportune dissertazioni, nel caso che potessero di troppo far perdere il punto di vista che guida grado per grado il nostro legislatore di § in § allo sviluppo della sua mente, e di comunicare poi ai miei lettori simili dissertazioni con appositi volumi di supplimento. La presente opera è appunto una di questi volumi.

Ma perchè l'opera principale che dovrebbe così venir supplita, non è ancor arrivata fino alle materie in questo volume trattate, sono in dovere di giustificare ai miei leggitori questa che a primo aspetto parrà assai strana cosa, benchè peraltro sia stata da me ben ponderata, molto più che quest'apparente stravolgimento d'ordine promoverà, come spero, lo studio del diritto austriaco.

Prima di tutto però dicasi qualche cosa intorno al contenuto ed all' andamento della presente opera. Questa deve formar un volume di supplimento al mio Comentario. Tuttavia dessa non è un' opera dipendente dal medesimo, ma che regge per sè stessa, la quale, ancorchè io non ne avessi a scrivere alcun'altra, dovrebbe essere gradita ai teorici ed ai pratici. Imperocchè io vi tratto cinque delle più difficili materie di diritto, che hanno fra di loro più analogia di quello che si potrebbe credere, mentre *la dottrina del diritto di eriger fabbriche* non può essere fondata se non che nell' accurata analisi dello spirito che in generale forma la base della dottrina delle servitù prediali. *Il diritto di vietarle* spiega il carattere delle servitù negative; ed il *diritto dell' uso e non uso* quello delle servitù affermative; nel trattato *delle singole specie di servitù* io dilucido quelle che non si ebbe occasione di schiarire nei §§ precedenti, e mi propongo quindi una servitù urbana affermativa e negativa, poi una servitù prediale dell' una e l' altra specie, e sciolgo tutte le questioni agitate dai giureconsulti intorno a questa o quella servitù. Egli è ben vero che qui non si tratta che d' applicar rettamente le prescrizioni stabilite nel capitolo delle servitù; ma in quest' applicazione appunto si appalesa tutta

l' abilità del giureconsulto, mentre per quanto si possano conoscere a fondo le disposizioni legali, e perfin' anche la teoria cui sono appoggiate, si manca pur troppo sovente del necessario criterio per sempre afferrare quella massima che scioglie più da vicino e giustamente la proposta quistione. Avendo io fatta la scelta di tre servitù che tratto sotto le loro diverse forme e rapporti, ritengo d' avere abbastanza prevenuto ogni errore che potrebbe temersi riguardo alle altre servitù per loro natura consimili.

Finalmente nel trattato *della usucapione e della prescrizione* la mia idea punto non tende ad esaurire questa dottrina in tutta la sua estensione, ma bensì ad applicare con esattezza alle servitù i principii risultanti dalla medesima, i quali da ben pochi fin' ora sono stati debitamente compresi; per tal modo però la dottrina delle servitù e per fin' anche quella della prescrizione appariscono nell' opera attuale in massima parte effettivamente esaurite, ad eccezione soltanto dei rimedj legali coi quali si può far valere il possesso di una servitù ed il diritto reale nascente dall' acquisto della medesima. Io non volli espressamente supplire a questa mancanza, poichè la dottrina fondamentale del possesso e delle azioni possessorie, abbisognano come necessarie condizioni preliminari d' apposite dissertazioni.

Si potrebbe tuttavia domandare: se l'opera attuale esaurisce quasi del tutto la dottrina delle servitù e più anche quella della prescrizione, cosa rimarrebbe a dirsi ancora sopra queste materie nella opera principale comentando i singoli paragrafi? Lo confesso apertamente: sotto un certo aspetto, nulla: sott' un altro poi, moltissimo, quando cioè si voglia considerare la teoria come separata dalla pratica. Ora questa mia opera, presa in genere, offre un risultamento pratico, poichè io vi propongo quasi in generale solamente quistioni che non sono decise dal tenor letterale della legge. In tali quistioni si tratta quindi sempre di rinvenire fra le molte massime legali che si possono alternativamente scegliere, quella giusta e sovente molto oscura; al contrario nella mia opera principale trattar deesi per regola, non già di rintracciare una massima, ma bensì di dedurre giustamente da § in § le massime dalle prescrizioni che sono già stabilite. Immaginiamoci qualunque siasi trattato di gius civile sopra un argomento astruso, e ognuno ravviserà certo chiaramente che non può contenere alcuna nuova massima, la quale non sia stata sviluppata dalla teoria e dall' accurata illustrazione delle singole leggi, e malgrado ciò, simili trattati, siccome aguzzano l' ingegno nell' applicazione di massime conosciute agli

oggetti legali, sono l'assunto più arduo pel giureconsulto indagatore. Desidero pertanto che quest'opera venga giudicata dai miei leggitori sotto questo punto di vista.

È dunque manifesto che io non posso comprendere nel mio Comentario la parte più considerabile dei quesiti legali che racchiude il presente volume, poichè ciò non avrebbe evidentemente luogo che con pregiudizio della chiara esposizione di cadaun paragrafo. Si potrebbe però chiedere ulteriormente, per quali motivi adunque comparisce adesso questo volume? Taluno potrà forse credere che, secondo l'ordine naturale, si dovrebbe pubblicarlo soltanto dopo terminato il Comentario, dovendo tutte le massime legali venir stabilite prima di procedere ad un lavoro il quale è appoggiato all'applicazione di tante prescrizioni contenute in capitoli così disparati. Ma questo si *dovrebbe* è un rimprovero assolutamente ingiusto, poichè il presente volume, facendo astrazione dal mio Comentario, è un'opera che regge da sè medesima del pari che i trattati di non pochi giureconsulti, i quali scrissero dei comentari sull'intero diritto romano, e ciò nulla meno diedero ancora delle profonde dissertazioni sopra materie legali già in essi trattate.

Io sono però in grado di giustificare ancor sotto molte altre viste quest'apparente interruzione.

Non volendo io più trattare a fondo la giurisprudenza austriaca conformemente al mio primo piano col Comentario, ch' è l' opera mia principale, ma bensì con volumi suppletori, potrebbe forse cader in mente a taluno de' miei leggitori, ch' io potrei eseguire il primo progetto, giammai il secondo. In fatti non soggiace a difficoltà così invincibili il comentare un codice, non avendo l' ingegno da esternarsi che sopra mere parti isolate. All' opposto è un assunto il più arduo anche per un istrutto civilista il portare una legislazione come l' austriaca, desunta da uno spirito legale più raffinato che non la romana e per conseguenza anche da altre norme fondamentali, a quel grado di perfezionamento cui noi vediamo finalmente elevata quest' ultima mercè gli sforzi di più secoli. Questo volume proverà dunque ch' io già volgo nella mia mente il Comentario sull' intera giurisprudenza austriaca, sebbene non lo abbia ancora scritto; mentre quest' opera è quasi affatto piena d' idee tali che non possono svilupparsi allo sguardo se non dopo una considerazione esatta ed una profonda analisi dell' insieme. E siccome io ho scelti in generale soltanto quistioni legali di tal indole ch' esigono le più sottili investigazioni, appunto perciò vien data l' ultima mano alle materie da me trattate.

Ma viste ancor più importanti mi obbligano a sottoporre fin d'ora all' esame del pubblico l' opera presente. Sin qui pochi hanno ponderate le difficoltà dello studio del nostro Codice, e nol potrebbero forse comprendere e penetrare pienamente nè pure col sussidio della continuazione dell'opera mia principale. Imperciocchè, siccome io progredisco in essa di § in § e sviluppo gradatamente da ciascheduno di essi l' idea fondamentale, come richiede l' ordine del testo, così molti de' miei lettori potrebbero fosse credere di trovare nel mio Comentario soltanto ciò ch' essi medesimi avrebbero colla dovuta attenzione sviluppato, lo che potrebbe anche aver luogo quando dopo aver io discusso a dovere un §, decido un caso anche dei più astrusi; poichè venendo esso sciolto dietro quelle massime che ho appunto sviluppate, lo scioglimento non forma per lo più realmente oggetto di gran difficoltà. Ma tutt' altro avviene riguardo al leggitore quando propongo, come in quest' opera pratica, dei problemi legali, senza che dietro le cose precedentemente discusse io mi sia riportato a quel §, che contiene la massima, sovente pur troppo assai occulta, la quale scioglie perfettamente quei problemi. Ma appunto il rinvenire questa massima costituisce non v' ha dubbio quell'acutezza d' ingegno che qualifica il vero giurecon-

sulto; mentre lo studio delle leggi è senza pregio, ove non vengano esse applicate ai rapporti legali, che si presentano, giusta lo spirito che le anima. Ora quest' opera è scritta per coloro i quali, a torto però, si chiamano giureconsulti austriaci. Quando essi credano d'aver effettivamente compreso lo spirito del Codice, e di potersi appoggiare alle cognizioni già acquistatesi, che procurino di sciogliere i quesiti proposti nel volume presente. Se scorrendo la mia opera o non sapessero bene spesso persuadersi altrimenti da ciò che pensano, o non vi trovassero per lo meno qualche utile rettificazione, essi sono assolutamente uomini per i quali io non iscrivo. Che vi siano poi realmente non pochi giureconsulti di questo calibro, lo posso affermare io medesimo.

Quest' opera non è a dir vero adattata per le lezioni de' miei scolari, non contenendo in generale se non che le risultanze del Codice debitamente discusso, e perchè io altronde sono circoscritto, per dare le mie istruzioni, al breve periodo di dieci mesi, il quale basta appena per isviluppar a dovere lo spirito originale del Codice stesso; ciò nullameno questo libro potrà essere d' un singolare vantaggio pei miei scolari, e principalmente per quelli che fanno progressi conformi alla mia aspettazione; intendo dire quel vantaggio, che se mai ta-

luno potesse darsi a credere d' essere per mezzo delle mie lezioni già divenuto un giureconsulto potrà guarire da siffatta presunzione, allorchè leggendo quest' opera troverà di non essere in grado di sciogliere giustamente molti dei problemi in essa trattati.

Costoro potranno eziandio riflettere, che le stesse difficoltà che trovano intorno ai pochi oggetti di quest'opera, le incontreranno pure in tutti gli altri oggetti legali. Essi non debbono tuttavia perdersi di coraggio, ma bensì considerare, che la giurisprudenza è una delle scienze più difficili, ad esaurire la quale non può bastare lo studio d' un corso scolastico, e neppure (se vuolsi avere riflesso a tutte le scienze sussidiarie che vi si richiedono) dell' intera età d' un uomo. Il riconoscere la propria debolezza non deve quindi servir loro che di eccitamento onde raddoppiare gli forzi nel dedicarsi allo studio della giurisprudenza romana, terminati che abbiano gli studj dell' università, i quali non gli abilitano se non che a progredire da sè soli senza ulterior guida nell' immenso campo della scienza giuridica, imperocchè lo studio del diritto romano, fin a tanto che il diritto privato austriaco non sia ridotto a scienza in quell' alto grado in cui trovasi il primo, è l' unico Talismano che scioglie tutte le difficoltà, separa le confusioni, dilucida le

oscurità, guida il criterio del giudice ad afferrare le massime che servono a giustamente decidere, e che in generale attribuisce alle menti limitate una preponderanza nel giudicare i casi legali sopra i più profondi conoscitori delle leggi, e che procura poi alle menti più distinte perfino la capacità di prestare in qualunque legislazione gli stessi vantaggi che vennero prestati nella romana, mercè gli sforzi dei più sublimi ingegni.

Nè il motivo di ciò è molto arduo a trovarsi; perchè il nostro Codice non comprende come le leggi di Giustiniano contemporaneamente anche la dottrina della giurisprudenza.

Ma per questo noi dobbiamo anzi esser grati al nostro legislatore, mentre, come si può vincolare un *risultato filosofico*, se desso per sua natura riconosce per suoi unicamente i precetti della ragione, e se quindi per non impedirlo nel suo intellettuale maggior sviluppo, deesi pel suo perfezionamento riservarlo unicamente al tempo?

La scenza legale in virtù di cui si possa avere qualche facoltà giudicativa prevalente alle leggi convien attingerla dal diritto romano, senza perdere però mai di vista lo spirito che servì di guida al nostro legislatore. Mentre nel classico suolo di Roma ove salirono felicemente alla vera perfezione i modelli di tante belle

arti e scienze, si è non solo sviluppata anche la giurisprudenza, ma si è in pari tempo elevata a un grado quasi inarrivabile, e Giustiniano ce ne ha conservati i più essenziali frammenti nelle sue pandette. L'istruirsi appieno in questa scienza mediante lo studio della medesima è dunque uno stretto dovere anche di coloro i quali sono intenzionati di dedicarsi un giorno al ministero della Giustizia, Dea benefica dell'umanità; perchè non è già un prestarle omaggio giudicando alla buona ventura, ma soltanto quando si giudica secondo il vero spirito che domina nella disposizione del legislatore qual sacerdote da essa instituito. Indegni sarebbero pertanto dell'alto lor ministero coloro che volessero presso di noi pronunciar un giudizio qualunque senz'aver ponderato scientificamente il complesso della legislazione austriaca. Che sia pur sempre un tale giudizio, secondo la propria persuasione, dettato da un puro sentimento di giustizia, questo sentimento del singolo individuo sarà però sempre essenzialmente diverso da quello del Legislatore, il quale ha esaminato tutte le teorie conosciute, ed è informato ugualmente degli effetti del progressivo spirito del tempo col confronto del passato, come pure di tutti li rapporti legali de'cittadini.

Siffatti giudizii sarebbero quindi assolutamente da punirsi sempre come colpevoli sottra-

zioni del patrimonio privato, ed anzi con altrettanto rigore, venendo commesse sotto l'affidata veste sacerdotale di Temi.

A fine di avvalorare quest' idee, ho avuto principalmente di mira nella compilazione della presente opera di far ad evidenza conoscere che senza lo studio del diritto romano, nissuna cognizione si può avere prevalente alla nostra legislazione. A tal effetto io sviluppo sempre contemporaneamente in ogni quistione lo spirito del diritto romano, e quando trattasi di problemi più difficili, dimostro al tempo stesso, citando le opere legali più rinnomate, sotto qual punto di vista abbiano i giureconsulti di primo rango afferrata la quistione, e cercato di scioglierne il nodo. Qui però si affaccia tal volta un risultamento del tutto inaspettato, mentre io sottopongo a critico esame ciò appunto che fu discusso dai giureconsulti, e provo che quelle stesse dissertazioni non sono sempre animate dal vero spirito del diritto romano, e che inoltre quand'anche veramente lo fossero, attesa la diversità dello spirito della legislazione austriaca, il risultato delle più faticose discussioni dei giuristi non sarebbe sovente applicabile al nostro Codice.

Ma si chiederà forse, e su di che sarà dunque fondata l'indispensabile necessità dello studio scientifico del diritto romano perfino nel caso

che le risultanze di esso non siano applicabili alla nostra legislazione? Rispondo: sopra ciò appunto in che il nostro differisce dal Codice romano. Il primo comprende unicamente il mero risultato della teoria legale illustrata mediante la filosofia del diritto e la critica, a somiglianza d'un modello di pittura creato dalla teoria più raffinata dell'arte pittorica; il secondo racchiude in sè non solamente la vasta teoria legale, ma nel tempo stesso anche i suoi risultamenti in tutta la loro estensione, per conseguenza anche lo sviluppo, la dilucidazione e l'accordo di tutte le idee legali; le genealogiche gradazioni delle massime che ne derivano; le spianazioni più sottili e chiare quando sono in contatto fra loro dei principj di di diritto apparentemente d'ugual importanza, e al tempo stesso, ciò ch'è il più essenziale per il Pratico che si va istruendo, il grado della giusta applicazione dello spirito della legge debitamente afferrato, ai più complicati rapporti di diritto.

Se si considerano inoltre le tante e luminose cognizioni delle quali è d'uopo essere forniti per cominciar e proseguire con felice successo lo studio del diritto romano, non si può certo a meno di non convincersi, che col suo mezzo si deve assolutamente rendersi propria una somma attitudine d'ingegno. Intendo dire quell'at-

titudine che ci abilita ad afferrare col medesimo criterio in qualunque legislazione, e massimamente in una com'è l'austriaca scaturita dalla più pura filosofia del diritto, lo spirito che traluce dal tutto insieme, e dalle singole sue ramificazioni, non che i principii di diritto sopra i quali è fondato; quell' attitudine che ci rende capaci a rinvenire nella loro purezza, e isolate da ogni cosa di fatto, tutte le direttrici massime legali nascenti dal sistema della teoria del diritto ben di rado chiaramente pronunciata, ma che apparisce sempre abbastanza per poterla distinguere, e ch'esistono quà o là nello spirito fondamentale delle singole materie di diritto; quell' attitudine in fine a combinar insieme sistematicamente queste massime legali, e ad impossessarsi per tal modo della giurisprudenza qual unico mezzo onde armarsi di quella forza che valga a dominare gl'imbarazzi delle umane vicende, mentre con esso si trova sempre con logica certezza il giusto problema che dev'essere effettivamente proposto, e si indica eziandio la massima che lo dee sciogliere. Tutti i sacerdoti di Temi hanno pure fin'ora attinta la superiorità del loro profondo sapere dalle fonti della giurisprudenza depurate nell'età più florida! chi ardirebbe dunque se fosse ancor più saggio di Salomone, nudrire l'orgoglioso pensiero di creare da

sè stesso ciò che uomini celebri hanno da gran tempo pensato e sviluppato? Ecco il perchè ho avuto singolare premura di dimostrar in quest' opera l' assoluta necessità della giurisprudenza romana.

Ma quantunque io cerchi coll' opera attuale di persuadere contemporaneamente, che senza la magica virtù della giurisprudenza tanto ben coltivata dai Romani, poca prevalente cognizione si possa avere anche sopra il Codice austriaco, pure io mi studio all' opposto di rendere circospetti i giureconsulti nell' effettiva applicazione delle loro idee ai nostri rapporti legali. Imperocchè sebbene un giureconsulto austriaco non possa formare la propria coltura, se non col sussidio dello studio del diritto romano, come fonte del nostro Codice, tuttavia egli deve bene spesso venerarlo semplicemente come lo spirito che guida il suo modo di pensare, senza poterlo scegliere per base reale delle sue decisioni. Egli è perciò che un giureconsulto austriaco non è in grado di meglio dimostrare il proprio criterio se non afferrando gli estremi d' un reale accordo dei due Codici, e determinando il punto dove incomincia la divergente dottrina istituita dal nostro legislatore guidato dalla filosofia del diritto, poichè diversamente lo spirito illuminato dallo studio del diritto romano incorrerebbe in manifesti er-

rori. Io debbo confessare che istudiando il Codice nostro mi è costata sovente molta fatica per emanciparmi dalle idee che mi erano rimaste impresse dal diritto romano. Dapprima credeva di ravvisar dappertutto solo la decisione del diritto romano, ma dopo un accurato critico esame sviluppavasi bene spesso un' idea contraria alla mia persuasione.

Quindi per corrispondere a dovere alle mie viste, ho dovuto inserire in quest' opera moltissimo del diritto romano, anzi l'ho bene spesso trattato così diffusamente come il diritto patrio. I nemici del diritto romano me ne sapranno però buon grado, tanto più se confesso, che analizzo io medesimo criticamente non poche dominanti opinioni dei civilisti, e che vi sostituisco le mie proprie idee. Col non mostrarmi cieco adoratore dell' antica coltura potrò forse riconciliare gli avversarj; ciò sarà ben anche tanto più facile, mentre io spero di ridurli a confessare che molte delle critiche discussioni contenute in quest' opera sono in gran parte atte appunto a sviluppare l' ingegno ed a far conoscere ad evidenza agli studiosi la quantità di cognizioni delle quali debbono impossessarsi onde meritar un giorno il nome di giureconsulti.

Ora se si considerano tutti i fini di quest'opera, come pure la circostanza ch' io procuro di

sciogliere in essa, secondo le mie proprie viste, molte delle più notabili difficoltà del Codice, ed in parte anzi dello stesso romano diritto, e che quindi m' inoltro nella sfera più sublime della giurisprudenza, questo tentativo potrà bene non essere immeritevole d' un giusto compatimento, quand' anche molte cose mi fossero male riuscite.

Quest' opera ha poi ancora un altro scopo importante. Il nostro Codice si è bensì acquistato ovunque all' estero la dovuta fama di esser il migliore fra tutti i Codici venuti alla luce dopo il Giustinianeo; vi sono tuttavia diversi giureconsulti fra i quali anzi uno di primo rango, *Savigny*, che non riconoscono ancora i pregi del nostro Codice per tanto considerabili da poter forzarli a confessare, che per mezzo di esso, l' attuale stato dei diritti de' cittadini austriaci, abbia guadagnato in paragone dell' anteriore, in cui le patrie leggi emanate da un governo popolare regolavano i rapporti legali insieme al diritto romano adottato in sussidio. *Savigny* ha perfino dichiarato espressamente che all' epoca attuale manca la capacità onde compilare un Codice chiaro, coerente e che tutto comprenda (1).

(1) D. S. E. Savigny professore ordinario delle Leggi alla R. Università di Berlino nella sua opera della Vocazione del

Io esaminerò poi in un' opera già quasi terminata che seguirà immediatamente la presente col titolo — *Sulla Legislazione* — il seggio che occupa sotto qualsivoglia rilevante aspetto il Codice Austriaco a fronte del Codice romano, prussiano e francese, e dimostrerò con luminosi argomenti il grado eminente in cui il nostro a loro confronto risplende. Ma la prova più forte, incontrastabile è però mestieri desumerla dall' attuale pratico sistema di vivere de' cittadini austriaci, e da ciò persuadersi che il nostro Codice, sebbene non formi che un mediocre volume in ottavo, si appalesa nulla meno pieno di luce nell' applicazione, puro e giusto

nostro tempo per la legislazione, Heidelberg 1814, e nel suo foglio periodico di giurisprudenza storica vol. 3 fasc. 1 al trattato: *opinioni per e contro nuovi Codici*. Le sue idee forono combattute nelle seguenti opere: prefazione di P. T. A. Feuerbach intorno all' obbligo della prova nel processo civile di N. Borst. Bamberga e Lipsia 1816. Quadro politico intorno all' epoca passata, presente e futura della Germania di Harscher d' Almendingen vol. 1. Wiesbaden 1814 pag. 354. Idee d' una nuova legislazione civile per gli stati tedeschi del D. B. W. Pfeiffer. Gottinga 1815. Sulla necessità di un Codice civile generale per la Germania di A. F. I. Thibaut Heidelberg 1814. Ma le opere più diffose sono: sulla legislazione, e giurisprudenza del nostro tempo del D. N. T. Gonner, B. bavaro consigliere di stato. Erlangen presso Palm 1805. Sulla vocazione del nostro tempo per la legislazione di A. Malinckrodt nella Nemesi vol. 11 cap. 4, pag. 49 e vol. 12, cap. 1, pag. 63.

nelle sue disposizioni, coerente nelle conclusioni e perfetto tanto quanto il romano in qualunque immaginabile caso legale, senza che vi sia messa a repentaglio la sicurezza dei diritti tanto quanto in quest'ultimo. La presente opera servirà dunque di appoggio anche a quest'asserzione; mentre essa proverà che mediante il nostro Codice si è in grado con una facilità incomparabilmente maggiore che non col sussidio del Codice romano, e perfin' anche delle innumerabili relative opere comparse in luce, di sciogliere i quesiti legali più astrusi. Ch'io poi nella scelta dei problemi legali abbia proceduto colla minore possibile prevenzione, ne fa prova la circostanza ch' essi concernono quasi del tutto la materia delle servitù: materia che vien considerata per una delle più profonde del romano diritto, e che altronde fu da sì tanti scrittori trattata a fondo parte interamente, parte, rispetto a singoli problemi di diritto, per mezzo d'infinite Dissertazioni. Ora posso dunque lusingarmi che attesi i moltiplici motivi che mi determinarono alla edizione di quest'opera, non potrà spiacere ai miei leggitori l'interrotta continuazione del mio Comentario. Il secondo volume è quasi terminato, ed a meno che non s'inaridiscano le mie forze intellettuali e fisiche, compirò malgrado l'affluenza delle altre mie oc-

cupazioni, l' incominciato lavoro, mentre io proseguo con istancabile fervore, e dirò quasi con passione un disegno, che mi rende contento coll' arricchirlo delle mie proprie idee, e nel comunicarle ai miei concittadini, ancor che poche soltanto di esse venissero riconosciute realmente fruttuose.

Praga 10 Febbrajo 1819.

INDICE DELLE MATERIE

DEI SINGOLI ARTICOLI

DEL PRIMO CAPITOLO

del Diritto di Fabbricare

ART. I. *Ogni costruzione di edificii porta seco ordinariamente del pregiudizio ai vicini, e ciò malgrado non è proibita.*

II. *Per giustificare quest' assunto, è d' uopo esaminare prima di tutto cosa disponesse in proposito la precedente legislazione.*

III. *In Boemia fino all' epoca in cui andò in attività il Codice attuale, gli statuti civici regolavano il diritto privato in materia di fabbriche, e di servitù.*

IV. *Gli statuti civici non danno verun soddisfacente schiarimento intorno a quelle servitù dalle quali dipende il libero diritto di fabbricare.*

V. *Gli statuti civici non ammettono la costruzione d' una fabbrica che sia dannosa ai vicini.*

VI. *Per tal modo le servitù negative si risolvono in una chimera.*
VII. *I compilatori degli statuti civici debbono aver avuto qualche lontana idea d'una tale contraddizione.*
VIII. *Il motivo di questa contraddizione sta nelle idee inesatte dei civilisti intorno alla dottrina delle servitù.*
IX. *Il motivo poi di queste inesatte idee non può consistere che nella mancanza d'accurato confronto delle leggi romane.*
X. *La L.* 12 de ædificis privatis *somministra il necessario schiarimento, poichè secondo la medesima, volendo erigere una fabbrica, dovevasi osservare una distanza di dodici piedi.*
XI. *Questa distanza doveva essere osservata da tutti i lati della fabbrica.*
XII. *Motivi pei quali non viene determinato nelle Pandette lo spazio intermedio legale.*
XIII. *Prova che soltanto coll' ammettere una legale distanza vengono pienamente schiarite le servitù che sono in contraddizione fra loro.*
XIV. *Prova che le distanze legali non dipendevano da disposizioni politiche.*
XV. *Casi nei quali i Romani si facevano costituire una servitù affermativa, e una negativa.*
XVI. *Prova che i civilisti non hanno ancor sciolto all' appoggio della legge* 12.° *C.* de ædif. *la contraddizione che regna fra le servitù affermative e negative.*

XVII. *Cosa sia* servitus luminum?

XVIII. *Feuerbach nel suo corso di gius civile pretende aver scoperto che* servitus luminum *sia propriamente una servitù dell'* ombra, *e non già della luce*.

XIX.-XXII. *Dimostrazione della erroneità delle sue idee*.

XXIII. *Le servitù menzionate negli statuti civici e che sono in contraddizione fra loro, debbono venir spiegate all'appoggio del Diritto Romano, che fu dichiarato diritto sussidiario, quindi parimente sulla base d'uno spazio intermedio legale*.

XXIV. *Le disposizioni contenute negli statuti civici concernono propriamente il diritto privato, e non sono misure di polizia*.

XXV. *Nello scorso secolo venne sottoposta alla sorveglianza politica qualunque fabbrica che si avesse voluto erigere, e si emanarono molte importanti leggi intorno alle fabbriche*.

XXVI. *Il motivo pel quale i giureconsulti non fecero verun conto della L. 12 C.* de ædif. priv. *fu per non essere la medesima una legge glossata*.

XXVII.-XXIX. *D'onde sia derivata la massima giuridica:* textus quem glossa non agnoscit nec forum agnoscit?

XXX. *In origine questa massima aveva negli stati austriaci forza di legge*.

XXXI. *Sotto l' Imperatore Giuseppe II. questa massima ha perduto di nuovo il suo vigore.*

XXXII. *È falsa l' opinione che la L.* 12 *C.* ædif. priv. *sia stata obbligatoria soltanto per la città di Costantinopoli.*

XXXIII. *E quand' anche la L.* 12 *C.* de ædif. priv. *non fosse stata obbligatoria, ad ogni modo le servitù affermative alle quali vengono opposte le negative, non potrebbero venir spiegate se non ammettendo una distanza legale.*

XXXIV. *Secondo il Codice austriaco le così dette servitù affermative competono per sè stesse in forza della libertà naturale, nè occorre che vengano costituite per mezzo di contratto.*

XXXV. XXXVI. *All' opposto il diritto di poter vietare una fabbrica dannosa, quindi la servitù negativa, conviene acquistarla mediante contratto.*

XXXVII. *È quindi permesso il nuocere ai vicini coll' erezione d' un edifizio.*

XXXVIII. *I giureconsulti che sono d' opinione contraria sono in manifesto errore.*

XXXIX. *È falso che non sia dal Codice positivamente sciolto il quesito, se si possa fabbricare con pregiudizio dei vicini.*

XL. *È falso che si possa provare all' appoggio di molti passi del Codice medesimo, non po-*

tersi intraprendere alcun edifizio con danno dei vicini.

XLI. *È falso che il* § 858 *protegga l' opinione contraria.*

XLII. *È falso che il diritto di fabbricare con danno dei vicini non abbia da essere giudicato secondo il Codice, ma unicamente secondo le leggi politiche, e soltanto dalle autorità politiche.*

XLIII. *È falso, che in virtù della legislazione anteriore si fosse in possesso del diritto di poter proibire l' erezione di un edifizio dannoso in guisa da non poterlo perdere in forza del Codice.*

XLIV. *Nemmeno la maliziosa costruzione d'una fabbrica la quale non giovasse all' imprenditore, e fosse dannosa al vicino, può essere vietata.*

FINE DELL' INDICE.

DEL DIRITTO DI FABBRICARE

CAPITOLO PRIMO

Art. I. L' amore naturale della società portò oggidì gli uomini a vivere fra loro in una così stretta unione, che la costruzione di un nuovo edifizio, o l' ingrandimento d' uno già esistente, toglie ai vicini quasi sempre, se non del tutto, almeno in parte o il prospetto, o la luce, o l'aria. Ma e sono essi obbligati a tollerare simili innovazioni? Molti sostengono di no, mentre non si può supporre ch' esse vengano eseguite senza diminuire il valore degli edifizii vicini, per cui assumerebbero il carattere d' un danno, che noi, secondo i principii generali del diritto (§ 1295), e particolarmente secondo le prescrizioni stabilite intorno alla costruzione di opere dannose (§ 340), dobbiamo essere in facoltà di vietare. Questa opinione trova non pochi fautori perfino tra gli uomini più profondi in questa materia, e malgrado tutto ciò, è fuor d' ogni dubbio che il diritto privato, di regola, non accorda ai vicini che ne risentono pregiu-

dizio, alcun diritto proibitivo verso l' imprenditore della fabbrica, ossia, ciò che equivale, nissuna servitù urbana negativa fondata nella legge. Io mi studierò di provare quest' assunto nella supposizione, che siccome una tale controversia viene spessissimo agitata innanzi ai Tribunali, così non riuscirà discara una circostanziata discussione della medesima.

Art. II. Prima d' indagare nel Codice la disposizione alquanto occulta del nostro legislatore, io voglio esaminare le disposizioni della legislazione precedente, non già soltanto pel suo interesse storico, ma bensì perchè gli avversarj della mia opinione deducono principalmente, da essa le loro ragioni; mentre, siccome le leggi anteriori non permettevano l' erezione d' un edifizio col quale venissero pregiudicati i vicini nel godimento del prospetto, della luce, o dell' aria, molti opinano che appunto in quelle sia fondata una così detta servitù legale, che nè si poteva, nè si voleva abolire col Codice attualmente in vigore (§ 5). È quindi necessarissimo il determinare prima di tutto con esattezza il diritto di fabbricare fondato nella legislazione precedente, la qual fatica, io non temo asserirlo, è una delle più ardue che possa mai assumersi un giureconsulto. Imperciocchè non basta già che le leggi provinciali non diano alcuna soddisfacente dilucidazione intorno a

quest' argomento, ma nè pure il diritto romano cui sotto l' anteriore legislazione doveasi ricorrere in sussidio, ci dà in proposito sufficienti spiegazioni, massime nel caso che vogliamo attenerci all' idee finora stabilite dai più rinomati giureconsulti, mentre i più sinceri fra loro confessano genuinamente, che i problemi più essenziali dai quali dipende la discussione del diritto di fabbricare, quindi del vero senso delle servitù urbane affermative e negative, non si possono assolutamente sciogliere. Io sarò forse tanto fortunato di dare la spiegazione rintracciata da sì gran tempo.

Art. III. La Boemia (*a*) possedeva sino all' epoca in cui andò in attività il Codice generale presente, due antichissimi Codici: il Regolamento provinciale, e gli Statuti civici; il primo era obbligatorio per la nobiltà, il secondo per tutte le altre classi de' cittadini compresi quelli fatti nobili; e l' uno, e l' altro abbracciava non solo il diritto privato, ma con-

(*a*) Qui io mi riferisco unicamente alla legislazione provinciale della Boemia ed insieme anche a quella della Slesia e Moravia. Per quanto si può presumere concordano in sostanza con essa anche gli statuti delle altre provincie austriache, avendo anch' essi senza dubbio attinta, come la Boemia, la dottrina delle servitù, dal diritto romano; per conseguenza dee avere regnato anche in quelle provincie la stessa mancanza di chiarezza come nella Boemia.

temporaneamente anche la procedura giudiziaria, il diritto criminale, e perfino la costituzione politica; il regolamento poi trattava anche il diritto di stato e il diritto feudale.

Questo metodo di trattazione pregiudicevole sotto varii aspetti, proprio di tutti i più vecchi Codici europei, e ancora dell'odierno Codice prussiano, fa cessare ogni sorpresa, se si riflette che il diritto romano, il quale con un solo Codice tratta d'ogni ramo di legislazione, ha servito di modello a tutte le nazioni della moderna Europa. Nei casi nei quali il regolamento provinciale non conteneva alcuna od una non sufficiente disposizione, la nobiltà veniva rimessa alla decisione degli statuti civici (*b*). Ma non così la classe de' cittadini veniva rimessa alla decisione del regolamento anzidetto allorchè gli statuti civici non prescrivevano alcuna norma (*c*); e l'una, e l'altra poi ricorrevano al diritto romano adottato come diritto sussidiario, da prima per consuetudine, poscia in forza di leggi espresse. Per ciò che concerneva

(*b*) Reg. Prov. C. C. V.

(*c*) In forza di una consuetudine sebbene non avvalorata da alcuna legge, la classe de' cittadini valevasi pure in sussidio del regolamento provinciale, ma all'apparire del Codice Gioseppino perdette il suo vigore, poichè desso abolì tutte le consuetudini.

il regolamento, esso era compilato quasi del tutto dietro le deliberazioni delle Diete, mentre prima di Ferdinando II. non si poteva formare alcuna legge se non alle Diete; ma in quanto agli statuti civici, le leggi politiche vi erano raccolte in massima parte degli statuti che si avevano imposti da loro medesime di tempo in tempo le comuni de' cittadini onde promuovere il buon ordine civile, giacchè i dominatori di quei tempi vedevano con piacere, che le comuni formatesi in città si prefiggessero da sè medesime delle norme atte a mantenere i diritti ed il buon ordine (*d*). Il diritto privato contenuto negli statuti altro però non era se non che un succinto estratto del diritto romano (*e*),

(*d*) È quindi evidente come sia avvenuto che l'antico magistrato della città di Praga abbia fatto compilare gli attuali statuti dal suo cancelliere, e dopo essere stati nell'anno 1579 approvati dalla Dieta, e stampati, gli abbia per mezzo dell'antico primate della città e di alcuni membri del Senato, presentati al Re Rodolfo con una dedica a lui diretta, ai quali deputati il Re ha risposto: *Pergratum mihi est quod hæc vestra jura sint impressa et meo nomine inscripta.* Veggansi la dedica e la prefazione alla edizione degli statuti civici del 1582 1607 e 1618.

(*e*) Molti passi di legge sono perfino una mera traduzione del Codice di Giustiniano, come lo provano in parte le citazioni di legge che si trovano in margine alla versione tedesca; anzi in molti passi di legge vien fatta menzione espressa di varie leggi romane. *V. l' introduzione alle Lezioni pratiche di Gross*. Praga 1777, sezione I, cap. III § 38.

e però gli statuti civici meritano una decisa preferenza al regolamento provinciale. Amendue i Codici avevano però all'epoca della pubblicazione dell'attual Codice generale perduto in massima parte la loro forza per le leggi sovrane emanate da Ferdinando II. fino ai tempi più recenti. Soltanto la dottrina delle servitù trattata negli statuti, desunta però dal regolamento provinciale, la quale aveva in conseguenza forza di legge non solamente per il ceto de' cittadini, ma eziandio per la più alta nobiltà, mantenne finchè andò in attività il Codice attuale, quasi tutto il suo vigore, poichè i regnanti della Boemia emanarono bensì, specialmente negli ultimi tempi varie prescrizioni intorno al diritto di fabbricare (art. XXV); ma esse non erano in generale che disposizioni politiche, nè potevano quindi portare alcuna alterazione sostanziale al diritto di fabbricare fondato negli statuti civici competente ai privati.

Art. IV. Ora se si esaminano gli statuti civici, la dottrina delle servitù che vi si trova, ed il diritto di fabbricare che ne deriva, vengono risguardati per una delle materie più confuse, giacchè mancano in generale di giuste idee e di un lavoro sistematico; molti passi sono fin'anche in una certa inconciliabile contraddizione fra loro, le lacune poi sono

infinite (*a*). Neumann de Puchholz il più profondo giureconsulto boemo ha bensì nell' anno 1718 fornito una dissertazione col titolo: *Jura servitutum in octo disceptationibus juridicis exposita:* e si doveva a ragione aspettarsi in essa lo scioglimento della difficoltà onde si tratta; ma ogni qual volta egli incontra un passo difficile, invece di un esame critico, ci dà soltanto una decisione fondata nelle sole romane leggi, di modo che non si può a meno di non dire, che abbia trattato piuttosto il diritto romano anzichè il boemo.

Ma nell' oggetto di questa mia dissertazione io debbo limitarmi principalmente a' quesiti: se si possa erigere un nuovo edifizio, ed ampliarne uno già esistente, quando con ciò si tolgano al vicino il prospetto, la luce, e l' aria, e finalmente se si abbia diritto d' aprire nuove finestre per aver prospetto? Intorno a questi quesiti gli statuti civici lasciano varie lacune.

Le servitù urbane vengono al C. 44 enumerate quasi tutte nel modo che si trovano espresse nei soliti libri scolastici del diritto romano, e fra esse trovansi conseguentemente

(*a*) Nel gius provinciale austriaco, anzi nel trattato *de juribus incorporalibus* tit. 18, § 1, vien fatta soltanto di passaggio menzione d' alcune servitù urbane; le loro idee non vi sono però sviluppate, e di molte importanti servitù non vi è poi fatto il minimo cenno.

non solo le servitù affermative come p. e. il diritto di ergere più in alto un edifizio, il diritto di togliere al vicino con una fabbrica la luce e l'aria, e di poter aprire nuove finestre verso la parte del vicino, ma contemporaneamente anche le così dette servitù negative opposte alle preaccennate, cioè il diritto d'impedire al vicino d'ergere più in alto la sua casa, di toglierci il prospetto, la luce, e di aprire finestre che non hanno mai esistito verso il nostro edifizio.

Siccome queste servitù sono soltanto enumerate senza che però sia in verun luogo sviluppato il loro carattere, ne risulta un' aperta contraddizione; mentre o questi statuti civici partono dal principio che la facoltà di poter in virtù del diritto di proprietà, intraprendere sul proprio fondo, e sopra l'area di esso, qualsivoglia opera comunque dannosa al vicino, debba essere considerata come un diritto della libertà naturale, oppur no.

Nel primo caso non si sa comprendere per qual motivo convenisse acquistarsi una delle servitù affermative, mentre il diritto che ne proviene può farsi valere in forza della legge, che tutela la libertà naturale, senza bisogno che come preventiva condizione intervenga un contratto; nel secondo caso è inesplicabile; come potrebbe offrire un vantaggio l'acquisi-

zione d' una servitù negativa, se già in forza della legge si gode quel diritto proibitivo che può conseguirsi mediante contratto. Imperocchè se si può in virtù di essa fabbricare con danno del vicino, levargli per conseguenza e prospetto e luce, ovvero coll' apertura d' una finestra, procurarsi il prospetto nel suo cortile, non si ha bisogno di farsi costituire questi diritti dal vicino medesimo, e così pure se i vicini non sono autorizzati ad erigere una fabbrica la quale tolga a noi parte di prospetto di luce e d' aria, non abbiamo bisogno di acquistarci questo diritto proibitivo (*b*).

(*b*) Quasi lo stesso caso ha luogo appunto anche secondo il gius provinciale austriaco, mentre dal §. 1. tit. 17. del trattato *de juribus incorporalibus*, ch' è l' unico passo di legge che parla di servitù urbane, non emerge veramente alcuna contraddizione fra la servitù *altius tollendi et non tollendi*, poichè la prima non vien già presa pel diritto d' erger più in alto l' edifizio con danno d' un terzo, ma bensì per l' obbligo nascente da un contratto di dover fabbricare a vantaggio del vicino; conseguentemente il diritto di poter fabbricare con pregiudizio dei vicini, viene con ciò dichiarato, qual diritto della libertà naturale, e non come una servitù; siccome però nel precitato § più avanti e detto: *Sia che l' edifizio procuri al vicino la luce ed il prospetto, o che non gli tolga nè l' una nè l' altro, e ch' egli debba tollerare se il vicino gli fa nel suo cortile delle finestre od altre aperture, e simili*, ne risulta per lo meno che anche questa legislazione parte dal principio che il prospetto la luce, e l' aprimento d' una finestra per aver prospetto, possono divenire argomento tanto d' una servitù affermativa,

Art. V. Tuttavia se si considerano le prescrizioni contenute sotto la rubrica *del diritto di fabbricare*, evvi tutta l'apparenza che i nostri statuti civici abbiano escluso dai diritti della libertà naturale quello di fabbricare con pregiudizio de' vicini, ed abbiano all' opposto dichiarato qual diritto della libertà naturale quello di vietare una fabbrica che ci danneggia. In prova di ciò serviranno i seguenti passi di legge. *Ognuno può fabbricare e ristaurare la propria casa in guisa che non ne derivi alcun danno all' edifizio del vicino*. C. 13. *Nessuno può per insolenza con nuovi edifizii diminuire od oscurare la luce ad altri*. C. 16. *Un vicino non può contro la volontà dell'altro aprire nuove finestre verso la corte di esso in un luogo ove prima non n' esistevano* C. 17. *Se taluno intendesse di rifabbricare o ristaurare sul luogo medesimo una casa rovinata, o guastata dal fuoco, egli non può eccedere nè in altezza nè in larghezza la forma primiera onde non togliere al vicino la luce o la libera veduta, com' erano prima*. C. 3. Finalmente anche i C. 14. 18. e 19. contengono simili disposizioni.

quanto negativa, che in conseguenza havvi una servitù *prospectus et ne prospectui officiatur, luminum, et ne luminibus officiatur, fenestræ aperiendæ et non aperiendæ*, le quali però, venendo prese in genere, sono fra loro in contraddizione.

Art. VI. Da ciò si vede chiaramente che secondo gli statuti civici l'acquisto d'una delle succennate servitù negative mediante un contratto tendente ad impedire una fabbrica dannosa, era un'assurdità giuridica, mentre i diritti che volevansi in tal modo fondare, competevano già in forza della legge, oppure ciò ch'è lo stesso, queste servitù erano fondate nella legge. Risulta all'opposto che se si voleva ottenere di nuovo la propria originaria libertà naturale, e con essa il diritto d'intraprendere qualunque siasi opera nell'area di propria ragione, era mestieri di procurarsi di nuovo e l'una e l'altro mediante contratto, vale a dire, che era d'uopo farsi costituire le servitù affermative mediante contratto (a).

(a) Qui temo per parte della critica legale il rimprovero, ch'io applico il nome di servitù al diritto di fabbricare sul proprio fondo, essendo questo diritto evidentemente una conseguenza della libertà naturale; mentre noi usiamo della cosa nostra in forza del diritto di proprietà, e viceversa si può supporre una servitù solo allorquando noi esercitiamo un diritto sul fondo altrui; questa proposizione sussiste benissimo qualora la legislazione riconosca, ugualmente che l'austriaco attuale, per un diritto della libertà naturale la facoltà di costruire sul proprio fondo ciò che più aggrada, anche con pregiudizio dei vicini. Ma dove una fabbrica dannosa ai vicini viene considerata, come per l'addietro in Boemia, per una lesione dei diritti dei vicini, dove in conseguenza il diritto naturale di fabbricare dee acquistarsi me-

Art. VII. Pare che i compilatori dei nostri statuti civici abbiano avuto qualche barlume di questa evidente contraddizione, poichè leggesi al C. 13. *Tuttavia ognuno può fabbricare una nuova casa purchè non si accosti troppo al suo vicino*; ed al C. 19. *Volendosi fabbricare troppo d'appresso ad alcuno, questi può in via amichevole far sentire al vicino, che questa* o *quell'opera gli sarebbe troppo accosto e ridonderebbe in suo pregiudizio*.

Se i nostri statuti civici avessero determinato la distanza dentro la quale non doveva essere permesso fabbricare con pregiudizio del vicino, sarebbe certamente derivato un senso ragionevole tanto per le servitù affermative, quanto per le negative; vale a dire che si dovrebbero acquistare le prime, p. e. il diritto d' alzare l' edifizio, volendo fabbricare al di dentro della distanza legale; le seconde, p. e. il diritto proibitivo d'alzare l'edifizio, qualora si temesse che il vicino fosse intenzionato di fabbricare con nostro danno fuori della distanza legale, quindi autorizzato dalla legge.

Ma gli statuti non prescrivono in verun luogo una distanza da non oltrepassarsi (*a*), e non

diante convenzione, la facoltà dal vicino acquistata è assolutamente da risguardarsi come una servitù.

(*a*) Ho udito spesso asserire particolarmente da architetti, che non si possa fabbricare con pregiudizio dei vicini den-

offrono quindi alcun mezzo per ispargere luce sopra quest'argomento.

Art. VIII. A malgrado di ciò i compilatori degli statuti civici sono tanto meno da biasimarsi di quel che sembra a primo aspetto, poichè la causa della motivata contraddizione è da ripetersi soltanto dalla circostanza che gli statuti, in quanto alla dottrina delle servitù, non erano che un puro estratto del diritto romano, e che i giureconsulti di quei tempi nei quali si compilarono gli statuti civici, non possedevano nè pur essi idee più aperte che non i compilatori degli statuti medesimi. Ma nè meno i giureconsulti più recenti hanno stabilite idee più chiare. In prova di ciò servano soltanto poche opinioni dei migliori civilisti, anzi per evitare il rimprovero della prolissità, solamente intorno all'idea della servitù *altius tollendi*. Gottofredo, Cäepola, Schneidewin, Oldendorp, Schikard, Zoesio, ed altri asseriscono che dessa consista nel diritto di obbligare il vicino ad alzare la sua casa in nostro vantaggio.

tro lo spazio di tre *Klafter* (*) ma non mi è riuscito d'aver traccia nè d'una tal legge, nè d'una consuetudine avvalorata da sentenze. La consuetudine sarebbe in ogni evento divenuta priva di effetto in virtù del Codice Giuseppino.

(*) *Il Klafter lineare corrisponde a metri* $1,\frac{896612980036}{1000000000000}$

La maggior parte però de' giureconsulti, fra i quali anzi i più moderni, come Höpfner, Dabelow, Thibaut rigettano questa opinione, e pretendono che tale servitù consista puramente nel diritto di potere, in virtù d'una facoltà conferitaci dal vicino, erigere un edifizio più in alto di quello che il permettano le leggi emanate in proposito a favore dei vicini. All'opposto, Corosias, Weizeneck ed altri vogliono ch'essa consista nella rinunzia alla servitù di non ergere più in alto il proprio edifizio: Pagenstecher, Sammet, Senkenberg ed altri, che consista nel diritto di erigere un piano sopra la casa del vicino; Lexsero nelle sue medit. *ad Pand. Sp.* 462 non teme di dire di non aver data in *Sp.* 109 veruna spiegazione sopra questa servitù per non averla ancor intesa; e quella poi ch'ei dà in seguito, non è assolutamente giusta, o per lo meno è troppo limitata. Bachow ed altri giureconsulti danno del pari altre non soddisfacenti dilucidazioni; finalmente Westfalo nella sua opera tanto reputata dai principali autori, *de libertate et servitutibus prædiorum Lips.* 1783, non somministra intorno a questa servitù alcuno schiarimento, e se ne sbriga al § 598 dicendo: che i giureconsulti non sono fra loro d'accordo intorno all'idea della medesima (*a*). La causa di

(*a*) Che nè meno i nostri più eruditi contemporanei siano

queste contraddizioni delle quali ridondano egualmente le opere dei giuristi rispetto alle servitù *prospectus et ne prospectui officiatur*, *luminum et ne luminibus officiatur* ed altre servitù, non è altrimenti che quella indicata di sopra (art. VII) relativamente agli statuti civici, vale a dire, perchè in una legislazione non sono tampoco che nell'altra stabilite chiare idee delle singole servitù, le quali, supposte al tempo stesso come affermative e negative, sono fra loro in manifesta contraddizione.

ART. IX. E si potrebbe forse mai supporre che la giurisprudenza romana, la quale nel tracciar giuste linee di confine tra le idee giuridiche è soprammodo esatta, possa essere stata con sè medesima in contraddizione in oggetti di somma importanza? No, soltanto gl' ignoranti proferirono questo rimprovero contro

stati finora in grado di dare una spiegazione, lo dimostra la dissertazione: *Sviluppo scientifico della dottrina del diritto romano intorno alle servitù reali* del dottor Zaccaria: inserita nel Magazzino di gius civile di Ugo vol. 2. Berlino 1797, come pure la dissertazione del dott. G. Hufeland: *sulla dottrina del diritto romano intorno alle servitù ed alla loro giusta idea in generale*, al tit. 2, art. 2, pag. 85. della sua opera *intorno al vero spirito* del diritto romano, Giesen 1816, poichè in nissuna di queste due opere, malgrado la più fondata speranza, vien fatta la più piccola menzione che si riferisca nè pur da lontano allo sviluppo dell'idea controversa di questa servitù.

quell' aureo libro, che la contiene, e la causa delle mentovate contraddizioni deve in conseguenza esistere o nell' essere a noi pervenuto imperfetto il codice romano, o nella omissione d'un esatto confronto delle leggi, e dell' analisi del vero senso delle medesime. Io voglio a questo proposito comunicare quei lumi che ho raccolto come già professore del diritto romano; questa comunicazione vien quì ad essere collocata al suo vero luogo, appunto perchè gli statuti civici non somministrano alcun soddisfacente schiarimento in proposito, il quale devesi in conseguenza desumere unicamente dal diritto romano che nella Monarchia austriaca è stato adottato come legge sussidiaria (*a*).

Art. X. È ben vero che le pandette non danno

(*a*) Dovendo io presumere le medesime oscurità negli statuti delle altre province austriache, soltanto il diritto romano sarà quello che deciderà anche rispetto a questi. Ma siccome io temo di stancare taluno de' miei leggitori, i quali non sono troppo propensi al diritto romano, ed alla critica giuridica, con alcuno degli articoli fra questo ed il trentesimo terzo, prego i medesimi a scegliere dall' indice de' singoli articoli stampato a capo di questo capitolo quelli che troveranno più meritevoli della loro attenzione, e avverto soltanto che non sono da sorpassarsi gli art. XIII XXIII. XXIV. e XXV. In ogni evento io mi vedrò esuberantemente compensato, perchè viceversa ci saranno moltissimi lettori i quali scorreranno tanto più attentamente e fors' anche per ben due volte i sorpassati articoli, forse i meglio riusciti di quest' opera.

alcun schiarimento che appaghi sopra veruna delle servitù in discorso; ma se si ricorre al Codice, sparisce qualunque difficoltà, e la giusta idea di tutte le servitù affermative, e negative appalesasi in un modo convincente L. 12 c. *de ædificiis privatis* offre questo vantaggio.

Il tenore di questa legge data dall' Imperatore Zenone, in quanto può aver influenza al presente trattato, è il seguente (*a*).

I. Coloro che intendono di rinnovare le loro case, non debbono cambiare la forma anteriore; e se fabbricano una casa tutta nuova, non possono togliere ai vicini la luce ed il prospetto, a meno che non fosse stato coi vicini convenuto altrimenti per mezzo d' un contratto, nel qual caso dovrà esso servire di norma § 1.

II. Chi vuol erigere una nuova casa dee fra essa e la casa vicina lasciare uno spazio intermedio di 12 piedi dal pian terreno sino alla

(*a*) Zenone assunse il governo nell' anno 474; è però incerto in qual anno siasi emanata quella legge; un grande incendio il quale distrusse la maggior parte della città di Costantinopoli diede motivo alla medesima. Io non offro la traduzione di questa legge, poichè diversamente dovrei, allo scopo della chiarezza, dare una spiegazione sopra varii passi oscuri. Chi bramasse un analisi più accurata, la troverà, non però sempre del tutto giusta, nel trattato di Westfalo *de libertate et servitutibus prædiorum*. Lipsia 1773, pag. 59, al 108.

maggior altezza dell' edifizio, ed allora egli può erigere la nuova casa o quella già esistente tant' alta che gli aggrada, ed aprire finestre, tanto per aver prospetto come per aver luce § 2 (*b*).

III. Se un vecchio edifizio fosse lontano da quello del vicino non 12 ma bensì 10 piedi, sarà permesso l' alzarlo nella primiera forma, od aprire fineste per aver prospetto, ma se gli edifizii non sono discosti l' uno dall' altro 10 piedi non si avrà diritto che ad aprire finestre per aver luce § 3.

Ma chi aprirà una finestra per avere la luce dovrà collocarla all' altezza di sei piedi dal pavimento, senza che possa essere autorizzato a costruire un pavimento falso per quindi servirsi della finestra pel bisogno della luce, anche per aver prospetto § 4 (*c*):

(*b*) Augusto, secondo ciò che dice Strabone nel 5.° libro, aveva fissata l' altezza delle case in 70 piedi; Trajano all' incontro in 60. Aur. Vitt. cap. 13. *de Cæsaribus*. Pare che anche L. 1. c. *de æd. priv.* si riferisca a questa disposizione, mentre vi è detto, che non dev' essere oltrepassata la consueta altezza degli edifizii. L' Imperatore Leone permise d' alzarli fino 100 piedi L. 12. c. *de ædif. priv.* § 4.

(*c*) Questa legge contiene molte altre importanti disposizioni ch' io sorpasso perchè non istanno in alcun rapporto col trattato presente. Ve u' ha però una ch' io non voglio passare affatto sotto silenzio, cioè che in virtù del § 4.° di detta legge, non bastava la distanza di 12 piedi per togliere con un edifizio ad altri la veduta diritta dalla parte del

Art. XI. Questo è il principale contenuto della legge di Zenore. Io sono ben lontano dal voler dare su di ciò un Commentario, non posso tuttavia astenermi da una osservazione. Westfalo nella sua opera *de libertate et servitutibus praediorum* al § 110 opina che la distanza dei 12 piedi per le case nuove, e di 10 pelle vecchie non era da osservarsi da tutti i quattro lati, ma unicamente delle parti davanti, e di dietro contigue alla strada principale. Per conseguenza sarebbe stato permesso, senza riguardo a verun spazio intermedio, il fabbricare davanti alle finestre laterali poste a destra ed a sinistra delle vicine case, togliendo ad esse la luce ed il prospetto, come pure di aprire verso questi due lati nuove finestre per aver prospetto.

Qui però Westfalo s' inganna apertamente,

mare ma bensì la veduta obliqua; e che nel primo caso richiedevasi una distanza di 100 piedi. Giustiniano però nella novella 165. ha prescritto la distanza di 100. piedi anche nel caso che si volesse impedire con un edifizio la vista obbliqua. Ma non potrebbe forse una tale disposizione, giusta lo scopo della legge, venir agevolmente estesa al prospetto goduto da tempo immemorabile sopra d' un fiume che scorre per la città? Io ritengo di sì, anzi all' appoggio della L. 12. tit. *de legibus* ov'è detto: *Non possunt omnes articuli singillatim aut senatus consultis comprehendi: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui juridictioni praest, ad similia procedere, atque ita jus dicere debet.*

poichè nella legge di Zenone sta espresso troppo chiaro, che lo spazio intermedio di 12 o di 10 piedi doveva essere osservato verso tutte le case contigue giacenti da qualsivoglia parte. Lo stesso Westfalo dev' essersi avveduto che il tenor letterale della legge non poteva appoggiare la sua opinione, mentr' egli non deduce già la prova dalla legge medesima, ma soltanto dalla considerazione che quella legge era stata emanata per la città di Costantinopoli dove, a suo parere, le case non dovevano essere fabbricate, a forma d' isola come in Roma, vale a dire sopra un solo stato; ma

I. Quand' anche fosse vera questa circostanza che non si può verificare, la legge 12 dimostra chiaramente, che se ciò non era forse avvenuto sino a quell' epoca, accade per lo meno in seguito, che le case doveano essere fabbricate a guisa d' isole, quindi separate dalle case adjacenti. Ecco le parole della legge, al §. 2. *Disserte ac perspicue jubemus duodecim pedes relinque intermedios, inter utramque domum*, e più avanti: *nulla ex hòc spatio concessa tollendi viciuo directum et omni ex latere domus inviolatum in mare prospectum*; finalmente al § 3: *nec angustiora sint domorum intervalla*.

II. Non è verosimile che Costantinopoli non fosse stata anteriormente fabbricata a forma d' isola, mentre dacchè Bisanzio fu totalmente

distrutto dall' Imperatore Settimio Severo, Costantino il grande riedificò la città, gl' Imperatori successivi poi l' ampliarono di tempo in tempo. Resta solamente a sapersi secondo quali norme? Io credo di non errare asserendo, secondo quelle appunto conformi alle leggi di Roma; poichè le leggi romane non erano già circoscritte all' Italia, ma erano in vigore in tutte le provincie dominate dai romani; altronde e chi furono i primi che accorsero a stabilirvisi ed i primi architetti? Non eran forse romani? E si potrebbe mai supporre ch' essi abbiano fabbricata la nuova città imperiale, che dovea superare la stessa Roma, secondo massime diverse da quelle colle quali erano sempre soliti fabbricare? O doveva forse colla edificazione della residenza imperiale d' Oriente venir alla luce una nuova legislazione? Dovevansi abolire le invecchiate leggi intorno al modo di fabbricare? Io dico a ragione *invecchiate*, poichè l' istoria c' insegna che i romani dai tempi più remoti lasciarono sempre fra le case un intervallo (*a*), il quale però a seconda delle

(*a*) Già nelle leggi delle 12 tavole, anzi nell' ottava legge è detto; si lascieranno due piedi e mezzo d' intervallo fra le case. I romani chiamavano quest' intervallo, *ambitum*, Cicerone, *Topic.* I. Vittorino I. Varro IV. *de lingua* Tacito nel 15 libro dei suoi annali nella vita di Nerone, Svetonio nel capitolo 16 e 38 della biografia di Nerone afferma-

varie circostanze può essere stato or più or meno esteso. Sopra qual fondamento si può dunque asserire che in Bisanzio non abbiansi praticate le stesse distanze, e che quand'anche ciò non avesse avuto luogo, prima, non siano state poi introdotte ed osservate sotto Costantino il grande?

III. Si può inoltre dimostrare che ancor prima della legge 12 n' esisteva una anche per Bisanzio dalla quale era stabilita la distanza di 10 piedi fra gli edifizii privati. Questa è la legge 11 *de ædif. priv.* dell'anno 423, quindi per lo meno 50 anni più vecchia della legge 12; Che fosse quella poi obbligatoria per Bisanzio, ne fa prova l'essere stata emanata dagl' Imperatori Onorio e Teodosio, e per conseguenza aveva forza di legge tanto per l'Oriente quanto per l'Occidente.

IV. Se d'altronde si riflette al consueto stile di fabbicare dei romani, ne risulta piuttosto

no espressamente che le case erano fabbricate a forma d'isole, e nella 14 legge *de servitutibus prædiorum urbanorum*, si trova che *Divi fratres* avevano comandato di dover osservare la distanza legale fra le vicine case. Del resto le fabbriche private dovevano essere lontane 100. piedi dai pubblici magazzini. L. 4. l. 46. C. Teodosio *de operib. publicis*. Posteriormente la distanza legale fra i pubblici magazzini, ed i privati, edifizii fu ridotta a 15 piedi, e quella fra i magazzini dei privati, o le altre case private a 10 piedi L. 9. l. 11. C. *de ædif. priv.*

che la distanza dei 12 e 10 piedi era da osservarsi appunto solo rispetto alle case giacenti dalla parte destra e sinistra, e non già rispetto a quelle opposte alla parte davanti o di dietro della casa con che formavansi le vere contrade, poichè Tacito nella vita di Nerone lib. 15, cap. 43, dice che dopo il grand' incendio, le case non vennero più fabbricate sparse qua e là, come prima, ma che si misurarono le contrade, che furon fatte larghe, che fu limitata l' altezza delle case, che le piazze davanti le case dovevano restar libere, che si formarono dei passeggi i quali proteggevano la parte anteriore delle case che si trovavano isolate sopra tali piazze. Da ciò si può dunque inferire che il determinare la larghezza delle strade è stata dai tempi di Nerone in poi una istituzione politica, che per conseguenza non si poteva con una fabbrica arbitraria alterare nè punto nè poco lo stato delle strade e delle pubbliche piazze. Che poi le strade siano state da Nerone fatte costruire larghe, si rileva da Tacito il quale dice a cap. 43 che molti romani asserirono che Roma aveva bensì sotto Nerone guadagnato in bellezza, ma sofferto in punto di salubrità, perchè il sole penetrava assai più fortemente di prima in quelle larghe contrade. Si potrebbe or dunque ammettere che la legge di Zenone si riferisca alla larghezza delle contrade? Certo che

no; poichè ben presto si sarebbe perduta la bellezza di Roma, l'orgoglio de' romani (b) mentre i proprietarii delle case avrebbero troppo sovente occupato coi loro edifizii porzione delle vaste contrade e delle pubbliche piazze se fossero state lasciate in balìa al loro interesse. Nella legge di Zenone è pur detto espressamente: *Nulli autem liceat ædificanti, domum juxta compitum forte aut angiportum, vel plateam duodecim pedibus latiorem, auferre partem plateæ, vel compiti et proprio superraddere ædificio. Non enim quæ ad rempublicam pertinent, minuere et ædificantibus dividere volentes, duodecim pedem intervallum in medio domorum definimus, sed ne angustiora sint domorum intervalla. Si autem majus sit spatium, maneat vetus distantia: non enim eam minui concedimus, sed servari urbi priora jura*.

È dunque evidente che nessun edificatore poteva inoltrarsi dentro la larghezza delle contrade ancorchè fossero state larghe trenta e più piedi; conseguentemente che la distanza legale è da riferirsi tutt'al contrario della opinione di Westfalo, non già alle case che guardavano sopra la strada, ma bensì a quelle dei

(b) Quest'asserzione non è già inginsta perchè quella legge fu emanata per Costantinopoli, mentre io proverò all' art. 32, che fu messa in vigore anche in Roma.

due lati (c), e ciò anche nel solo caso che il fondo sopra cui si voleva erger la fabbrica fosse d'esclusiva proprietà dell'imprenditore, e non già fondo di ragion comunale, che di tal natura è manifestamente una contrada, od una pubblica piazza, su cui persone private non possono tampoco intraprendere una fabbrica, come non sono autorizzate ad inoltrarvisi colle loro case che già esistono, a meno che la comune non ne avesse ceduta l'area occorrente per potervi fabbricare.

Art. XII. È dunque provato che Roma fino dalla sua culla, ha sempre osservata una certa distanza fra le case, sebbene dapprima una distanza piccola, indi più grande. I molti incendii che distrussero di tempo in tempo la dominatrice del mondo, diedero motivo all'ampliazione dello spazio intermedio. L'istoria peraltro non ci parla in che consistesse realmente questo spazio praticato nei diversi secoli, nè tampoco le pandette nelle quali si poteva con ragione aspettarsi una dilucidazione, poichè quelle servitù le quali vengono al tempo stesso stabilite per affermative e negative, stanno fra loro in aperta contraddizione, quando non si

(c) Bisognerebbe veramente pensare ch' egli non avesse letta nè punto nè poco quella legge, s' egli non l' avesse illustrata nella sua opera.

ammetta uno spazio intermedio legale. Il silenzio nelle pandette proviene però dalla circostanza che l'ultima legge in materia di fabbriche è stata la 12, come si raccoglie dalle novelle 63 e 165 le quali confermano l'anzidetta legge. E siccome essa era stata inserita nel Codice compilato prima dei digesti, e che Giustiniano avea ingiunto a Triboniano di comprendere nel *Corpus Juris* soltanto quelle leggi che offrivano ancora un vantaggio pratico (*a*) sarebbe stato assolutamente un difetto il comprendere nelle pandette una antica legge che trattasse dello spazio intermedio legale fra gli edifizii sussistito prima della disposizione Zenoniana, se quella doveva cedere a quest' ultima.

Art. XIII. Laonde se presso i romani volendosi erigere un nuovo edifizio era d'uopo osservare un intervallo di 12 piedi, e così uno di 10 piedi per dilatarne o alzarne uno vecchio od anche aprire finestre per aver prospetto, sparisce quella oscurità che sino ai tempi nostri ha esistito intorno alle mentovate servitù. Per il che se taluno voleva dentro quello spazio erigere un edifizio, procurarsi il pro-

(*a*) *Sed et si quæ leges in veteribus libris positæ, jam in desuetudinem abierant: nullo modo vobis easdem ponere permittimus* § 10. *in Præfactione I. Justiniani de conceptione digestorum ad Tribonianum.*

spetto sopra il fondo del vicino mediante una finestra, o acquistare il diritto di poter farne una nel muro di ragion del medesimo per dar luce ad una stanza oscura, od a delle oscure scale, doveva farsi costituire dal suo vicino la servitù *altius tollendi*, *prospectus*, ovvero, *fenestræ prospectivæ aperiendæ*, *et servitus luminum*. Se all' opposto un proprietario di casa temeva che il suo vicino, osservando la distanza legale, quindi in virtù della legge, fosse autorizzato ad erigere una fabbrica che potesse pregiudicare al prospetto ed alla luce, o che volesse aprire una nuova finestra per aver prospetto, non gli rimaneva altro mezzo che il procurarsi mediante contratto le occorrenti servitù negative, cioè o *servitutem altius non tollendi* in generale, oppure, ciò ch' era più cauto, *servitutem ne prospectui*, ovvero *ne luminibus officiatur*, o finalmente *fenestræ non aperiendæ* (a).

(a) Le servitù *luminum et fenestræ aperiendæ* si distinguono fra loro in questo, che la prima consiste nell' aprire una finestra nel muro del vicino; la seconda, nel muro proprio, ciò che proverò in seguito; per conseguenza alla servitù *fenestræ non aperiendæ* non si oppone già la servitù *luminum*, ma bensì la servitù *fenestræ aperiendæ*: al contrario alla servitù *ne luminibus officiatur* non si può opporre se non che la servitù *luminibus officiendi*. La servitù *fenestræ aperiendæ* era però considerata servitù, solo allorquando lo scopo di essa era di aver prospetto, ma non semplice-

Da ciò risulta al tempo stesso che la facoltà di fabbricare togliendo al vicino e prospetto e luce, era un diritto della liberta naturale che potevasi esercitare fuori dello spazio intermedio legale, giammai dentro il medesimo (b).

Art. XIV. Ma forse mi si opporrà che lo spazio intermedio prescritto in Roma nelle diverse epoche sia stato, giusta l'opinione di quasi tutti i giureconsulti, un provvedimento politico di cui l'annullazione o restrizione mediante contratto non poteva essere permessa ai privati. Io non posso negare che lo spazio di due piedi e mezzo prescritto dalle dodici tavole non sia stata una disposizione politica e che per conseguenza non si poteva annullare. Di quale natura fossero poi stati gli spazi intermedii stabiliti dalle leggi posteriori, non si può con precisione determinarlo, per non essere quelle leggi pervenute sino a noi nella piena loro integrità. Sembra tuttavia certo,

mente la luce. Poichè a tenore della Legge 12, C. *de ædif. priv.* si aveva diritto in forza della libertà naturale d'aprire una finestra per aver la luce, senza riguardo ad alcuno spazio di mezzo, nè occorreva procurarsi un tal diritto mediante contratto.

(b) In questo stretto senso debbono dunque esser prese anche tutte quelle leggi che dichiarano qual diritto della libertà naturale, il diritto di fabbricar fino al Cielo: L. 8. cod. *de serv. et aq. L.* 1. *in pr. et L.* 24 *D. de S. V. P.*

che l'originario motivo politico sia coll'andar del tempo divenuto privato, mentre fintantochè i Romani fabbricavano le proprie case ancor di legname (*a*), ciò che come si può desumere dal 15 libro di Tacito, praticavasi molto ancora sino al tempo di Nerone (giacchè diversamente non si saprebbe comprendere come quel veridico scrittore avesse potuto asserire che dei quattordici quartieri della città, tre furono distrutti da capo a fondo; e che in altri sette non si potevano quasi ravvisare tracce di case), essi dovevano certamente farsi premura di mettere un argine agl' incendj col mezzo di prescritte distanze. Ma dalle ceneri della città distrutta dalle fiamme, sotto Nerone, una nuova ne sorse regolare costrutta di pietre. D'allora in poi non erano più da temersi, tampoco come nelle odierne città, distruzioni di rilievo a cagione degl' incendj. Senza dubbio che quella distanza è stata anche ulteriormente osservata, poichè i Romani non si scostavano mai del tutto dalle loro legali prescrizioni, massimamente s' erano fondate nelle dodici tavole; certo è però che ciò non succedeva più per effetto de' motivi di polizia.

(*a*) Giovenale 8, 272. Ovid. fast. I. 203. III. 183. VI. 261. Anzi Plinio H. N. 16. 10. e Vitr. II. 3. VII. 3. affermano che ciò aveva luogo ancora nel settimo secolo.

d' un tempo, ma affinchè i vicini non venissero dalle fabbriche pregiudicati troppo nella veduta e nella luce. La mia asserzione è provata non solo dalla circostanza, che all' opposto non si saprebbe minimamente comprendere come mai le servitù *oneris ferendi et tigni immittendi*, le quali fanno supporre la costruzione delle case l' una accanto all' altra, fossero state presso i Romani tanto frequenti come si rileva dalle pandette, ma più ancora dal riflesso che nella L. 12. *Cod. de ædif. priv.* dicesi chiaramente al § 1, che se l' imprenditore d' una fabbrica è in grado di produrre un contratto, debba essere in facoltà di eseguirla a tenore del medesimo (*b*), e che al 4 § in cui si contengono le disposizioni relativamente al togliere il prospetto dalla parte del mare, e pur detto, che si abbia da osservare la distanza di 100 piedi, a meno che non si trattasse di togliere il prospetto soltanto alle cucine, ai bagni, ai cessi, ed alle scale, nel qual caso la distanza da osservarsi sarebbe di soli 12 piedi, ma vi è tosto annes-

(*b*) Eccone il tenore: *Verum etiam addimus, quale jus is, qui ædificat, habere debeat, cum facultatem habeat ex pacto, vel stipulatione mutandæ, si velit, veteris formæ. Tunc enim sancimus ut si pactum vel stipulatio ædificanti suffragetur, liceat ipsi secundum vim pacti et stipulationis ædificare, etiamsi officere vicinis: quibus pactum adversatur, ita ædificando videatur.*

sa la restrizione, purchè i vicini non convengano diversamente (c).

Art. XV. Io ho dunque data una prova incontrastabile che le servitù in discorso, finora sempre male intese, non possono venir schiarite se non che dallo spazio intermedio osservato dai Romani, e che anzi lo debbon essere unicamente sulla base di esso. Se quindi la casa vicina giaceva dentro quello spazio intermedio, nissun romano si procurava certamente dal proprietario della medesima alcuna delle servitù negative, ma qualcuna delle affermative; se poi la propria casa si trovava lontana da quella del vicino più di dodici o di dieci piedi, il proprietario di essa non si faceva al certo costituire alcuna delle servitù affermative, ma bensì qualcuna delle negative, mentre a che poteva giovargli la costituzione mediante contratto, quando già gli competeva per legge?

Art. XVI. Ma avrò io sparsa effettivamente nuova luce sopra queste servitù? pare di no,

(c) Le parole sono: *Hæc autem observari volumus, quando nullum adest pactum, quod ædificare volentem adjuvet: Qui autem ex pacto vicini ædificant, intra definitum ab eis modum ædificent: tunc enim et eo non custodito spatio permittimus et tollere ædificia, etiamsi prospectum adimant iis, qui consenserunt, et pacti sunt, aut qui in eorum domus successerunt; quandoquidem competentia jam quibusdam ex conventione jura, per generalem auferri legem non oportet.*

poichè Höpfner nel suo Commentario alle istituzioni disse al §. 361; *ch' è difficile lo spiegare cosa fosse stata la servitù* altius tollendi; *che però l' opinione più giusta è quella che consistesse nel diritto di fabbricare col permesso del vicino contro la disposizione della Legge* 12. *c. de ædif. priv.* Tuttavia questo autore non ha con ciò contribuito minimamente a dilucidare la dottrina delle servitù, poichè egli medesimo non ripone in questa dichiarazione, come apparisce dalla sua quarta nota al menzionato paragrafo, alcuna particolare fiducia, facendo a sè stesso la fondata obbjezione che quella legge non era fra le leggi glosate, e che per conseguenza le autorità giudiziarie in Germania non vi poterono nè anche aver alcun riguardo, com' egli asserisce al § 15 dell' introduzione. Höpfner avrebbe dunque dovuto ricorrere alla legge 11. c. *de ædif. priv.* ed alle altre leggi da me citate, dalle quali risulta che in Roma si doveva lasciar sempre libera una legale distanza fra gli edificii. Non gli è caduto nè pure in mente d' estendere le idee raccolte dalla legge 12 alle altre servitù, alle quali se ne possono opporre di negative, ma egli confessa a dirittura ai §§ 362 e 363, che non si può determinare cosa sia *servitus luminum*, in antitesi a quella *ne luminibus officiatur*, e cosa *servitus prospectui*, in antitesi alla servitù *ne prospectui of-*

fciatur. Riservo quindi al savio giudizio dei giurisperiti il pronunciare, s'io abbia colla mia esposizione somministrato una spiegazione convincente intorno a questa materia sommamente inviluppata. Debbo inoltre rimarcare che l'Höpfner, come io conchiudo dalla sua citazione, e da quella di Dabelows al §. 1447, ha preso quella idea *ex diss. Selchovii de servitute altius tollendi in elect. jur. civ. num. 1. Jenæ* 1698. Vani furono i miei tentavi per avere quella dissertazione; io ardisco però, anche senza esaminarla, asserire che Selchovio non abbia egualmente contribuito a dilucidare le menzionate servitù, mentre G. A. Struvio nella sua *disp. de ædif. priv. juribus Jenæ* 1745, al quale non doveva essere ignota la dissertazione di Selchovio uscita in luce molto tempo prima, spiegando al § 40 *servitutem altius tollendi*, non fa menzione alcuna nè d'una tale dissertazione, nè di quella idea desunta dalla legge 12. c. *de ædif. priv.* (*a*).

(*a*) Io non temo per parte d'alcun giurisperito l'obbiezione che l'opinione mia soggiaccia a qualche dubbio, essendovi molte leggi dalle quali sembra emergere affatto il contrario, come p. e. dalla l. 26. ff. *de damn. inf.*, e così dalla l. 8. e 9. C. *de serv. et aq.*, secondo le quali il diritto di fabbricare sul proprio fondo compete ad ognuno qual diritto della libertà naturale, poichè il Codice romano non è da considerarsi, egualmente che il Codice austriaco, come

Art. XVII. Prima però di parlare delle attuali nostre leggi, rendesi ancor necessario uno schiarimento intorno alla servitù *luminum*; questa, come molti credono, e la servitù opposta *ne luminibus officiatur*, andarono sempre soggette quasi alle medesime difficoltà come le servitù *altius tollendi* e *non tollendi*, e ciò anzi malgrado che amendue siano chiaramente espresse nella legge 4. *D. de serv. præd. urb.* Ecco le parole della legge: *Luminum servitute constituta id acquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra excipiat. Cum autem servitus imponitur, ne luminibus officiatur, hoc maxime adepti videmur, ne jus sit vicino altius ædi-*

una unica disposizione d' un medesimo legislatore emanata ad un medesimo tempo, nella quale per conseguenza una legge non deroga all'altra, ma bensì come una collezione di leggi promulgate in diversi secoli, l' ultima delle quali abolisce sempre l'anteriore; quindi la legge d' un Imperatore posteriore, quella d' uno anteriore, il Codice in generale, i digesti, e come stranamente pretendono molti civilisti, l'opinione di un giusperito recente, quella d' uno antico. Riguardo alla concreta quistione non si può in verun caso parlare di leggi opposte fra loro, poichè la mia opinione viene confermata, com' io proverò, con una delle 50 decisioni di Giustiniano, e con due novelle che aboliscono perfino le leggi del Codice. Qui aggiugnesi anche il riflesso che qualunque contraddizione si scioglie, se si considera che il diritto di fabbricare sul proprio fondo è bensì, in massima, un diritto della libertà naturale, che viene però circoscritto dalle leggi allorquando s' imprende la fabbrica dentro la prescritta distanza di 12 o di 10 piedi.

ficare, *atque ita minuere lumina nostrorum ædificiorum*. La prima dunque consiste, stando al tenor letterale, nel diritto di pretendere dal vicino ch' egli riceva le nostre finestre nel suo muro; la seconda nel diritto d' imporre al vicino che col fabbricare non pregiudichi alla nostra luce. La maggior parte de' giureconsulti si associano a questa spiegazione la quale non è minimamente in contraddizione con sè stessa, e fra i quali Lauterbach coll. t. 4. pr. L. VIII, t. 2. §. 6 Strykio M. ib. § 11. Zoesio libro 8. T. 2. N. 9. Hofacker princ. I. Rom. 1089. Eineccio *in elem.* I. c. § 406. Dabelow § 1473. e 1474. Thibaut § 826. Westfalo *de libert. et serv. praed.* §§ 603, 604, e molti altri. All' opposto Cujaccio *ob.* I. I. obs. 13. Duareno disp. I. L. I. C. 33. D. Avezan *de serv.* T. III. c. 17, danno alla prima servitù un senso più esteso, mentre sostengono ch' essa consista contemporaneamente nel diritto di aprire una nuova finestra nel proprio muro o nel muro comune verso l' edifizio del vicino. Quest' asserzione viene però quasi generalmente biasimata per la ragione che si profitta del proprio muro, e del muro comune, in forza del diritto di proprietà, o di comproprietà, e non in forza d' una servitù (*servitus semper in alieno, nunquam vero in re propria vel comuni est*). Ma siccome si è dimostrato di sopra che il diritto

appoggiato ai principii naturali di poter fabbricare in qualunque siasi modo sul proprio fondo era presso i Romani limitato ad una certa distanza, quella critica apparisce infondata (*a*). Altri giureconsulti all'opposto ravvisano nelle mentovate due servitù un senso affatto diverso. Vinnio § 8. tit. *de serv. urb.* asserisce che amendue si distinguono l'una dall'altra unicamente da questo, che la servitù *luminum* accorda il diritto a tanta luce, quanta è indispensabilmente necessaria all'uso giornaliero, cosicchè quando si lasci godere questo grado di luce, non si possa impedire una fabbrica; viceversa, che la servitù *ne luminibus officiatur* contenga il diritto di proibire tutto ciò per cui possa in qualsivoglia modo venir diminuita la luce. Noodt *in Comment.* ad L. VIII. D. t. 2. sostiene che queste servitù non differiscono minimamente l'una dall'altra; Höpfner finalmente confessa a dirittura al § 362, che non si può determinar nulla di positivo sopra queste servitù. Non si sa veramente comprendere per qual motivo i giureconsulti vogliano trovare tante difficoltà nell'ispiegare queste servitù,

(*a*) Io però non credo che i Romani abbiano applicata l'idea di Cujaccio alla servitù *luminum*, ma bensì che possano avere avuto per essa un'altra denominazione e forse la servitù *fenestræ aperiendæ* l. 8. *de serv. et aq.*

mentre nulla osta alla prima definizione, la quale è così evidentemente avvalorata dalla surriferita legge, che alla fine dello scorso secolo fu anche adottata dai primarj giureconsulti, quando ad un tratto Feuerbach, uno di quelli di primo rango, dichiarò ad essa di nuovo la guerra. Nel suo saggio di gius civile dell'anno 1803 pag. 10, parte 1, nel trattato: *Scoperta della differenza fra la servitù luminum e la servitù ne luminibus officiatur*, egli fa un bel complimento a tutti i giureconsulti senza distinzione, i quali avessero mai osato esternar parere sopra queste servitù, colle seguenti parole: *L'intera quistione, io ardisco asserirlo, appartiene alle meraviglie più brillanti che siano state mai dalla repubblica dei nostri dotti giureconsulti fornite per il motto:*

Troppo splendor vi rende l'occhio fosco,
Gli alberi fan che non vediate il bosco.

Art. XVIII. Ma io voglio colla più fattibile brevità esaminare come abbia egli renduto la vista ai ciechi. A detta di lui, la servitù *luminum* consiste nel diritto di pretendere dal vicino che il suo edifizio tenga lontani dal nostro i raggi della luce, e ci lasci ancor quell'ombra che abbiamo fin' ora goduta; giusta la sua asserzione, questa servitù sarebbe dunque tutto il contrario, di ciò che la si è fin qui creduta, vale a dire, non una servitù della

luce, ma una servitù dell'*ombra*. In prova della sua opinione egli adduce i due principali motivi seguenti.

I. Prendasi soltanto un dizionario latino, ed una grammatica (veramente cosa vergognosa per un Cujaccio e per tutti i giureconsulti di spirito), e si troverà che la parola *lumina*, secondo l'autorità di Lucrezio, di Virgilio, di Vitruvio *de architectura* L. V. C. 1. e Cicer. *de opt. orat.* c. 5, non vuol sempre significare una finestra, ma bene spesso anche la luce, e che la parola *excipere*, non vuol dir sempre ricevere, ma ben anche impedire, togliere, e *lumina excipere* in conseguenza non può sempre significare ricevere le finestre, ma ben anche togliere la luce ossia impedirla al nostro edifizio.

II. Egli si studia di provare che la servitù dell'ombra era dai Romani, in grazia del clima caldo, tanto pregiata, quanto dai Tedeschi la servitù della luce. A questo proposito egli cita Plinio lib. II., ep. 17 e lib. V., ep. 6., il quale parla con gaudio della sua villa di Tuscolo, ove la luce del giorno ed il romore erano egualmente inaccessibili alla sua stanza da riposo, e loda con entusiasmo la sua stanzetta in Laurento, dove non si sentivano lo strepito de' giovani schiavi, non il muggito del mare o delle burrasche, nè si scorgevano lo splendore del

lampo, nè la luce del giorno. Ora prosegue Feuerbach, siccome la fortuna di Plinio non era certamente compartita ad ogni romano, mentre la casa esposta da tutti i lati al sole, non gli offriva forse alcun locale per potervi nella stagion estiva riposare nelle ore del meriggio, o dare ricetto ai suoi amici, così dovea dai Romani apprezzarsi assolutamente quell' ombra che loro forse arrecava da qualche parte la vicina casa, e per non perdere questo benefizio, se fosse mai caduto in mente al vicino di demolire la sua casa, il mezzo più naturale sarebbe stato quello di farsi costituire *servitutem luminum* (a).

Art. XIX. Nissun' altra prova essenziale, tranne le due premesse, allega il Feuerbach a sostegno del suo assunto. Ora s' egli abbia veduto più chiaro che non tutti i giureconsulti, lo dimostrerà il cangiamento seguente.

(a) Se non si trattasse che di provare all' appoggio di opere d' autori romani che l' ombra era loro preziosa, io potrei citare un passo di Tacito ancor più decisivo dei surriferiti. Questi dice, L. 15. C. 43 *annalium* in proposito alle strade larghe fatte costruire da Nerone: *erant tamen qui crederent veterem illam formam salubritati magis conduxisse, quoniam angustiæ itinerum et altitudo tectorum non perinde solis vapore perrumperentur; at nunc patulam latitudinem et nulla umbra defensam, graviore aestu ardescere*. Ma tutt' all' opposto giudica su di ciò Tacito anche nel periodo anteriore a questo, e così Seneca *controv.* 2. 9, i quali encomiano i vantaggi nel nuovo metodo di fabbricare.

Ad 1.º Che la voce *lumina* non significhi sempre finestre, ma talvolta anche luce, lo sa ognuno senza bisogno d'alcun dizionario. A che dunque ricorrere a due poeti, ed a Vitruvio e Cicerone? Ma atteniamoci pure ai due ultimi. Vitruvio, trattandosi qui d' una espressione tecnica, architettonica, ci servirà di sicura guida. Ora è appunto egli medesimo che adopera le parole *lumina ædium* per indicare le finestre o le aperture per le quali entra la luce. Il 6 capitolo del suo 4 libro, ed il 1 del 5 in cui egli dà la proporzione, poi l'altezza e la larghezza *luminum*, cioè delle finestre, ed il *lexicon Vitruvianum de significatione vocabulorum* di Bernardo Baldo, come pure quello di Giovanni De Laet militano apertamente in mio favore. In quanto a Cicerone, la parola *lumen*, nel passo *de opt. genere oratorum*, al quale Feuerbach si riferisce, è presa soltanto figuratamente, poichè ivi parlasi dell' arte oratoria, vale a dire *de lumine eloquentiæ;* ma egli avrebbe dovuto por mente invece che a questo passo, all' altro più importante *de oratore* lib. 1, § 39 ove parla *de luminibus ædium*, e dove sotto la voce *lumina* s' intendono assolutamente le finestre per mezzo delle quali noi riceviamo la luce. Prendono pure *lumen* per finestra, Valerio Flacco *in libro* 11, *ver.* 29. Plinio *in libro* 31. *Hist. naturalis*. Frontino *de aquæductu*, e molti al-

tri. Ma e a che giova il citare classici? Il dubbioso passo non è forse contenuto nel Corpo del diritto romano? Feuerbach il quale intende illuminare gli eruditi, ed imputare ai suoi antecessori un' ignoranza senza esempio, avrebbe dovuto prima d' ogni altra cosa indagare se il *corpus juris* non fornisca altri passi i quali spieghino meglio il senso della parola *lumina* (che non è stato fin qui mai posto in dubbio), ma egli ommise di farlo, e sostiene all' appoggio d' allegazioni di classici, e per conseguenza di fonti estranee, che la voce *lumina* debba in quel passo significare la luce, perchè sovente viene presa in questo senso. Gettiamo però uno sguardo nel Corpo del diritto; ci si affaccia prima d' ogni altra la L. 23. D. *de* S. P. V. ov' è detto: *si servitus imposita fuerit, lumina quæ nunc sunt, ut ita sint, de futuris luminibus nihil cavere videtur*. Ora cosa significa qui la parola *lumina?* La luce, o le finestre? Nella L. 22. ff. *de* S. P. V. trovasi inoltre: *Qui ædificium habet potest servitutem vicino imponere, ut non solum de his luminibus, quæ in præsenti erunt, sed etiam de his, quæ postea fuerint caveat*. Chi dunque dubiterà che il giusto senso di questa legge non sia il seguente: s' io possiedo una casa posso farmi costituire dal vicino la servitù ch' egli debba mallevare non solo per il lume delle finestre che già esisto-

no, ma ben anche per quelle che aprirò in avvenire. Perchè dunque non ha il Feuerbach preso in considerazione queste leggi? Probabilmente perchè strascinato dalla voglia di far una nuova scoperta, non ha voluto conoscere questi contrarj argomenti che gli stavano tanto d'appresso.

Siccome dunque *lumina ædium* nell' idioma giuridico ed architettonico significano propriamente finestre, o, in generale, aperture per mezzo delle quali la casa riceve la luce, sarebbe un'assurdità il sostenere ulteriormente che la parola *excipere*, significhi togliere o impedire, e per conseguenza *lumina excipere*, togliere o impedire le luce. Da ciò risulta chiaramente che il senso del passo di legge: *luminum servitute constituta, id acquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra excipiat*, non è già, che allorquando sia costituita la servitù *luminum*, si abbia acquistato il diritto che l'edifizio del vicino impedisca la luce al nostro, ma bensì che il vicino si debba in generale adattare a ricevere nel suo muro una finestra a noi vantaggiosa. Io confesso peraltro di buon grado che le parole finali di quella 4 legge: *ne vicinus lumina nostra minuat*, non si possono già tradurre: che il vicino non appiccolisca le finestre della nostra casa, ma bensì che il nostro vicino non diminuisca la luce della nostra

casa. Con tutto questo però il Feuerbach non può cantar vittoria, mentre da ciò non nè risulta ancora assolutamente che *lumen* significhi *luce* e non *finestre* anche nel primo periodo, e che inoltre questa parola nel secondo periodo significhi luce in istretto senso, e non soltanto riferibilmente una luce tale ch' entra per le finestre, mentre una casa non può ricevere la luce che per mezzo delle medesime. Sotto la parola *lumina* s' intende pertanto anche nel secondo periodo della menzionata 4 legge, solamente quella luce ch' entra per le finestre, in una parola *il lume della finestra*. A questo proposito non occorre che di consultare la Legge 17. *in proem. de* S. P. U; eccone il senso; sebbene io sia obbligato a non diminuire *lumina* al vicino, posso nulla meno intraprendere varie cose, le quali tolgano la luce, o i raggi solari, purchè vi sia qualche luogo che non abbisogni della luce o del sole. Or dunque, se l' oggetto è un edifizio, abbisognano della luce soltanto le finestre, non già un muro chiuso, e il non *minuere lumina*, oppure *lumen ædium* non significa assolutamente diminuire la luce in generale, ma soltanto quella luce che passa per le finestre.

Art. XX. In quanto alla seconda prova di Feuerbach, è affatto evidente che non è giusta, mentr' egli si appoggia all' erronea conclu-

sione dalla possibilità alla realtà. Non è impossibile che i Romani siansi fatta costituire la servitù dell'ombra; ma dov'è la prova che abbia realmente avuto luogo una costituzione della medesima, e dov'è in particolare la prova che *servitus luminum* sia questa servitù dell'ombra? In ogni modo però manca persino tutta la verosimiglianza dell'acquisto di questa servitù secondo il senso di Feuerbach, mentre converrebbe essere presi da una manìa se per procurarsi soltanto un'abitazione fresca, si volesse sacrificare la luce e tutto il prospetto, in tempo che l'architetto tiene a sua disposizione i mezzi già da Vitruvio suggeriti per costruire stanze fresche senza togliere all'edifizio da veruna parte la più preziosa prerogativa, la luce ed il prospetto. È notorio che le più magnifiche case de' Romani consistevano in una parte davanti ed in una di dietro; nelle stanze davanti esposte generalmente al settentrione abitavano i padroni, in quelle di dietro gli schiavi, e per conseguenza non mancava il comodo per costruire nel cortile delle stanze fresche, come infatti i romani solevano avere, per tutte le stagioni apposite stanze da riposo e da pranzo, alle quali non mancava certamente il chiaro del giorno. Plinio godeva forse delle vantate amenità in grazia d'un muro eretto davanti alle finestre? Leggasi pure la citata 6 lettera

del quinto libro di Plinio, e si vedrà che tutte le finestre esteriori della sua casa di campagna erano esposte ai raggi solari, ed offrivano una deliziosa veduta; per conseguenza non potevano essere ingombrate da veruna opposta muraglia: si troveranno inoltre descritti alcuni portici, i quali debbono aver procurata una fresca abitazione anche nei calori d'estate, poichè come dice Plinio, érano incrostati di marmo, e ricevevano l'ombra dalle piante vicine, e perchè altronde vi sgorgava un'acqua mormoreggiante.

Per ciò in fine che risguarda quella fresca stanza da riposo nella quale non poteva penetrare la luce del giorno, nè alcun romore, era una unica stanza che godeva di questo vantaggio in una casa d'estate isolata. Convien dunque credere o che le finestre di essa fossero collocate verso il cortile in mezzo al quale, come accenna Plinio, trovavasi un bacino marmoreo d'onde scaturiva l'acqua, la quale inaffiava dolcemente gli aceri che vi stavano intorno, lochè tutto insieme poteva procurare alla stanza bastante frescura ed ombreggiamento, oppure che non fosse stata munita di finestra alcuna, più probabilmente però di finestre con paraventi, ma non già che una muraglia le stesse dinanzi alle finestre.

La stessa cosa presso a poco può dirsi anche

della stanzetta in Laurento, poichè Plinio confessa ch' essendo aperte le finestre poteva entrarvi la luce del giorno, ed indica qual motivo della profonda non turbata quiete, il vacuo intervallo che separava le pareti della stanza da letto e del giardino, in cui perdevasi qualunque suono. Come si potrebbe or dunque dedurre da questi passi una prova ond' appoggiare la servitù dell' ombra, e per sostenere che i romani han cercato di procurarsi la freschezza d' una stanza con un muro erettovi di fronte, colla perdita del giro dell' aria, tanto giovevole alla salute, dei raggi del sole cotanto desiderati (almeno nelle stagioni non calde) pelle altre stanze situate dalla parte medesima, e dell' amenità del prospetto. Ma e non ci somministra il *corpus juris* molti passi di legge, dai quali risulta evidentemente che i romani apprezzavano assaissimo l' aperta veduta, e la chiarezza delle case? Ciò era lo scopo di tutte le ordinanze che prescrivevano agli edifizj distanze determinate, e che trattano così minutamente delle servitù *ne prospectui et ne luminibus officiatur*; al contrario non si può, senza volerlo a forza, provare all' appoggio di verun passo di legge la servitù dell' ombra di nuova invenzione, servitù che altronde non si trova nella vita comune in verun luogo, o ben di rado assai, e neppure nell' odierna Italia ove il sole non iscalda cer-

tamente meno che nei tempi andati, viceversa la servitù della luce sotto il senso da me inteso, vale a dire onde procurare il lume ad una scala, o ad una oscura stanza, trovasi ovunque. Le amenità encomiate da Plinio altro dunque non furono che l'opera del genio dell'architetto ottenuta in un luogo aperto coi mezzi indicati da Vitruvio, e descritti da Plinio.

Art. XXI. Ma ciò che finisce di dimostrare l'assoluta erroneità dell'opinione del Feuerbach è il seguente riflesso: Se la quistionata servitù consistesse nel diritto che l'edifizio del vicino debba impedire, o togliere la luce diretta sul nostro, il diritto da ciò derivante, come Feuerbach asserisce a pagine 24, consisterebbe *nel poter pretendere dal vicino ch' egli non possa operare verun cambiamento al suo fondo, con che ci potesse venire tolta l'ombra e procurata la luce*. Da ciò dunque segue che questa servitù non sarebbe affermativa, ma bensì negativa. Ma come si potrebbe ciò ammettere? La servitù *luminum* vien pure nella citata 4 legge opposta alla servitù *ne luminibus officiatur*, e non si può dunque altrimenti spiegarla che quale servitù affermativa, massime che se fosse per sua natura negativa, la si avrebbe espressa non già con parole affermative ma bensì con negative, p. e. *ne umbræ officiatur*.

Ora se il Feuerbach colle sue parole: *cosa*

può essere più chiaro, più evidente, e coerente, possa con ragion pretendere applauso, s'egli possa tacciare della più crassa ignoranza, anzi (pag. 47.) da occhi di talpa tutti i giureconsulti, e s'egli altronde non abbia sulla sua pretesa servitù sparso dell'ombra anzichè luce, lascio il giudicarlo alle persone erudite (*a*).

Art. XXII. Ammettiamo però che l'opinione del Feuerbach fosse giusta; avrebbe egli diritto di far pompa d'una nuova scoperta, e di rin-

(*a*) Questo trattato del Sig D Feuerbach ribocca d'erroneità. Una delle più appariscenti trovasi a pag. 26, dove per ispuntar assurdamente là sua idea circa la servitù dell'ombra all'appoggio della servitù *officendi luminibus vicini* menzionata nella l. 2. *de servit. præd. urb.* così si esprime: *Per poter con una fabbrica oscurare la luce del mio vicino, io non abbisogno d'alcuna servitù, ciò è un effetto della mia libertà naturale, che può essere circonscritta soltanto dalla servitù* ne luminibus officiatur, *che il vicino abbia da me acquistata*; mentre io ho dimostrato ad evidenza, che il diritto naturale di togliere con un edifizio la luce al vicino competeva ai romani, anche secondo i digesti (*L.* 14. ff. *de serv. præd. urb.*), salvo sempre l'obbligo d'osservare lo spazio intermedio prescritto, e se questo spazio non esisteva, e si avesse con tutto ciò voluto diminuire la luce con un edifizio, era mestieri il procurarsi *servitutem luminibus officiendi*, oppure, ciò ch'era lo stesso in quanto all'effetto *servitutem altius tollendi*; ma s'esisteva lo spazio di mezzo, nel timore che potesse venir scemata la luce della nostra casa mediante, una nuova costruzione, o mediante l'ampliazione d'una vecchia fabbrica, era d'uopo onde ciò impedire, procurarsi *servitutem ne luminibus officiatur*.

facciare a tutti i giureconsulti una svista madornale? No; nemmeno questo; poichè quanto egli vuol sostenere, lo hanno già preteso molti giureconsulti, anzi quelli medesimi dei quali io ho motivato all' art. VIII, che sotto la servitù *altius tollendi*, intendevano un diritto d' obbligare il vicino ad ergere più in alto la sua casa in nostro vantaggio. In prova del che farò parlare Zoesio (§ 6, *ad T.* 2, *L.* 8.), il quale si sbriga in quest' argomento con meno parole: *Servitus altius tollendi est, quando vicino est ea lex imposita, ut ad certam altitudinem habeat ædes vel parietem erectum, comodo vicinæ domus, ut hac ratione per refrationem vel repercussionem, in eam lumen devolvatur, vel etiam, ut ventus impediatur, aut lumen avertatur, ut in mercatorum domibus*. In che dunque avrà da consistere il vanto del Feuerbach? In nulla, se non che nell' aver tirata di nuovo in campo un' opinione, per la sua fallacia già da gran tempo rigettata, invece che sotto l' antico suo nome, sotto il nome nuovo di servitù dell' *ombra*.

Art. XXIII. Le servitù pertanto menzionate negli statuti essendo desunte; com' è provato, dal diritto romano (art. III. e VIII.), se si vuol attenersi puramente agli statuti, non presentando esse alcun senso ragionevole, debbono assolutamente venir delucidate all' appoggio

del diritto romano; tanto più perchè desso era già adottato in Boemia come diritto sussidiario. Allora vedrassi che la facoltà naturale di poter intraprendere qualunque siasi cosa nell' area propria, poteva sussistere secondo gli statuti civici egualmente che secondo il diritto romano quando eravi, a tenore della l. 12 c. *de ædif. priv.*, una distanza di 12 piedi fra l'edifizio da erigersi di nuovo, e quello del vicino, e così la distanza di 10 piedi fra l'edifizio già esistente che si voleva alzare, o ingrandire, e quello del vicino. (*a*) Se non vi fosse stata questa distanza e si avesse voluto malgrado ciò intraprendere una fabbrica dannosa al vicino, era d'uopo, a norma del piano che si voleva eseguire, farsi costituire dal medesimo una delle mentovate servitù affermative; se poi tale distanza avesse esistito, volendo nulla meno impedire al vicino una costruzione a noi incomoda, conveniva farsi costituire una delle servitù negative.

Ecco dunque, come vien provato che gli statuti ai C. 13. 19, i quali non permettevano una fabbrica dannosa soltanto nel caso in cui accostavasi di troppo ai vicini, vengano, in quanto alla prossimità, acconciamente schiariti

(*a*) Che questa massima fosse realmente in vigore nella Boemia, si proverà in seguito all' art. XXXI. nota *b*.

dallo spazio intermedio voluto dal diritto romano, coll' unica differenza però, che giusta quest' ultimo non si poteva dentro un tale spazio intraprendere alcuna fabbrica, neppure nel caso che fosse stata innocua al vicino; ma non così secondo gli statuti, poichè la condizione del divieto della fabbrica, come ho dimostrato, doveva sempre essere il danno.

Art. XXIV. Ora volendo attenersi puramente agli statuti civici, risulta che le disposizioni in essi contenute in materia di fabbriche, si riferivano semplicemente al diritto privato, ma non anche al ben pubblico, mentre non si può desumere da verun passo di quegli statuti che il magistrato avesse d' ufficio da proibire per viste politiche una fabbrica dannosa, intrapresa però sul fondo proprio, ed innocua ai vicini, ma che dipendeva bensì unicamente dai vicini pregiudicati, come consta dai Cap. 19. 22, il voler o no impedire l' edifizio che loro riusciva dannoso.

Da ciò appunto spiegasi il motivo della irregolare costruzione di tante contrade, e della deforme confusione delle case in Praga.

Art. XXV. Ma nello scorso secolo la provvida legislazione austriaca ha contemporaneamente rivolto la sua attenzione agli edifizj, ed ha incaricato le autorità politiche non solo della ispezione sopra cadauna fabbrica nuova, ma

eziandio sopra quelle già esistenti. Le più importanti leggi sono le ordinanze intorno all' estinzione del fuoco; Vienna 7 settembre 1782 per le città e borghi, nonchè pei luoghi aperti, le quali in virtù della patente del 25 luglio 1785, ottennero forza di legge anche in Boemia. Nella prima ordinanza surriferita circa lo spegnimento del fuoco, sono stabilite dal § 1 al 10 alcune savie misure intorno al fabbricare, tendenti a prevenire le cause degl' incendi. Il § 11 dice espressamente: *Senza il superiore permesso, e la preventiva ispezione oculare per parte dei periti, non si erigerà in avvenire nè un nuovo edifizio, nè s' intraprenderà alcuna essenziale riparazione segnatamente ai camini, e focolari.* L' altra ordinanza sulla estinzione del fuoco comprende ugualmente nei primi dieci paragrafi varie prescrizioni relative alle fabbriche, ed in particolare dispone, che lasciar debbasi fra le case per lo meno uno spazio libero di un Klafter (1), e che i depositi delle biade debbano essere collocati lungi dalle case dietro l' orto, o fuori del luogo; il § 10 di quest' ultima ordinanza contiene la medesima disposizione del § 11 di quella emanata per le città (*a*). Coll' au-

(1) Corrisponde a metri $\frac{1.896612980036}{1000000000000}$

(*a*) A fine di prevenire i dannosi incendi nei villaggi,

lico decreto del 5 marzo 1787, i §§ 11 e 12 delle surriferite ordinanze, furono più precisamente determinati con riguardo al diritto privato dei vicini. Eccone il tenore: *Chi intende erigere un nuovo edifizio, deve preventivamente presentarne all' autorità politica che si trova nel luogo della fabbrica, il disegno esatto e preciso: essa lo esaminerà bene non solamente sotto i rapporti e le circostanze politiche; lo approverà o modificherà a norma dei casi; ma dovrà eziandio, prima di accordare l' assenso della costruzione, sentire i vicini ed abitanti limitrofi, e nascendo fra loro delle differenze, essa le appianerà in via amichevole; caso diverso non potendosi ottenere un componimento, rimetterà le parti contendenti alla via regolare giudiziaria.*

È naturale che le viste politiche da prendersi in considerazione dalle autorità non possono riferirsi se non che alla sicurezza contro il pericolo del fuoco, alla conservazione della salute, alla maggiore regolarità e bellezza della città, alla protezione dell' industria nazionale, ed all' osservanza di tutte le prescrizioni che concernono più o meno il ben pubblico, e non mai

nella costruzione od altra grande riparazione da eseguirsi alle fucine, si dovrà osservare una distanza per lo meno di 100 passi dalle altre abitazioni. Ordinanza della Boemia dell' 11 Marzo 1781.

anche allo scopo di allontanare ogni pregiudizio temuto dai vicini. Se dunque l'imprenditore aveva ottenuto l'approvazione politica, egli poteva dar principio alla fabbrica, malgrado la protesta insinuata all'autorità politica per parte dei vicini, non istando nelle attribuzioni della medesima il decidere intorno a diritti privati; all'opposto era in facoltà de' vicini il vietare per mezzo delle autorità giudiziarie una innovazione, che era loro pregiudicevole (cap. 19. degli statuti civici). Laonde se l'edificatore voleva con sicurezza dar principio ad una fabbrica doveva a termini del § 72 del regol. giud. gen. (trad. ital. § 69) diffidare coloro dall'opposizione dei quali egli intendeva guarentirsi, a spiegare dentro il termine da fissarsi giudizialmente, le loro eccezioni contro il presentato disegno, sotto comminatoria altrimenti di perpetuo silenzio (*b*).

Art. XXVI. Ora è stabilita la chiarezza, dove prima non eravi che oscurità. Sono forse le mie idee fondate sopra errori? Sarebbe quasi da crederlo, non potendosi mai supporre che io soltanto abbia da sparger luce sopra un argomento così importante in cui tornarono vani

(*b*) Le disposizioni politiche citate nell' articolo presente sono ancor in pieno vigore; poiche, il Codice non contempla che il diritto privato. Veggasi l' art. 8. della patente di pubblicazione del Codice.

gli sforzi di tanti perspicaci giureconsulti. Non si può tuttavia supporre fondata quest' accusa, ed è assolutamente ancor necessario l'esaminare l'oscurità che regna nelle opere dei civilisti. Essa consiste in parte nel non essere la legge 12., una legge glosata, quindi secondo la massima di diritto: *textus quem glossa non agnoscit, nec forum agnoscit*, non potevasi farla valere avanti ai tribunali, e appunto per questo essa non fermò l'attenzione degli scrittori. Ma questa sola circostanza non può assolutamente farla rigettare dall' indagatore legale, mentre essa c' istruisce intorno a ciò che intendevano i romani sotto le servitù affermative e negative, e ci autorizza a conchiudere con riguardo al prescritto legale spazio intermedio, che le servitù negative erano diritti fondati nella legge, le affermative al contrario, diritti acquisibili unicamente col mezzo di convenzioni (*a*).

Art. XXVII. Ma la menzionata massima di diritto introdotta dalla consuetudine ebbe forse in Boemia, dove il diritto romano era adottato come diritto sussidiario, forza di legge? Questo quesito, per quanto io so, non è mai stato finora ponderato attentamente da verun giureconsulto (*b*). Ma quella massima è stata

(*a*) Vedi gli articoli XXXIII, XI e XII.

(*b*) Lo stesso caso verificasi anche nelle altre provincie

piuttosto sempre tacitamente ritenuta valida, anzi il mio predecessore alla cattedra del diritto romano Francesco Giuseppe Gross nella sua opera: Introduzione alle lezioni pratiche dell'anno 1777, sez. 3, cap. I, §§ 16. 17. 18, la ammette come valida in Boemia. Tuttavia se si esaminano il vero senso, e il fondamento cui è appoggiata, come pure il progresso della legislazione austriaca, converrebbe distinguere con riguardo ad una determinata epoca.

Appena che il Codice romano fu tratto di nuovo dalla polvere, le leggi vennero corredate da brevi annotazioni, le quali chiamansi glose, e così il *corpus juris* munito di queste glose per cura d'Accursio fu chiamato *glossatum*. Questo Codice è quello che già nel secolo decimo terzo s'introdusse in Germania come diritto di consuetudine, e che mediante l'ordinanza della camera giudiziaria dell'anno 1494, ottenne autorità di legge. Ma tanto il testo quanto anche le glose sono sfigurate da innumerabili difetti. Il primo perche in esso, e

austriache ove il diritto romano era in vigore qual diritto sussidiario. Io spero che le mie idee intorno a un tale quesito non riesciranno discare, mentre il diritto romano manterrà lungamente ancora la sua forza di legge, cioè rispetto agli affari di diritto intrapresi avanti il 1. di gennajo 1812. e più a lungo ancora rispetto agli antichi fide-commessi di famiglia.

particolarmente nel Codice e nelle Novelle mancano moltissime leggi d'importanza, e perchè le varie inesatte lezioni producono un senso del tutto falso; le seconde, perchè i giureconsulti di quei tempi non conoscevano le scienze sussidiarie, e per conseguenza non erano forniti dei lumi necessarj onde penetrare nel vero spirito delle leggi, e malgrado ciò le glose avevano nel foro egual vigore delle leggi. Era riservato ad un secolo posteriose il ristabilire l'integrità e la precisione del testo, per determinarne il vero senso. A tal uopo si dovettero prima d'ogni altra cosa ridurre a scienza tutte le cognizioni sussidiarie, nonchè l'ermeneutica colla guida della filosofia del diritto e singolarmente collo studio della storia, delle antichità, di tutte le opere classiche che sono a noi pervenute, e che sono talvolta le sole, le quali spargano la vera luce intorno al giusto senso d'una legge (*b*).

(*a*) Per verificare il vero senso delle singole leggi hanno giovato assaissimo gli sforzi onde rinvenire le perdute opere degli antichi giureconsulti, dalle quali vennero sovente estratte delle leggi prive di significato, ciocchè riuscì non tanto per essersi trovate alcune di queste opere, quanto anzi dalle iscrizioni delle leggi, ristabilite all'appoggio del Codice fiorentino; poichè per tal mezzo si fu in grado di desumere ciò che spettava a cadaun giureconsulto, e di collocarlo nuovamente in parte nel suo originario ordine naturale; come vedesi dall'indice Labitiano *in jurisprudentia restituita*

Art. XXVIII. Soltanto dopo che furono in tal guisa perfezionate le cognizioni sussidiarie, e che si è quindi potuto elevarsi a quel grado in cui trovavansi i rispettabili giureconsulti di Roma, era da sperare che nel nuovo mondo nascer potrebbero dei giureconsulti tali da poter stare accanto a quelli della classica età romana. Imperocchè i prodotti del fiore più perfetto delle scienze non possono prosperare sopra il rozzo sentiero dell'ignoranza. Cujaccio è quegli che dai valenti giureconsulti vien considerato loro padre; egli è, che dotato di tutte le cognizioni sussidiarie occorrenti e della filosofia del diritto, ha potuto con successo coltivar l'ermeneutica. Altro dunque non rimaneva che il rinvenire manoscritti perfetti, nè ciò poteva riuscir vano a chi anelava ardentemente di avere dei lumi. Cujaccio, Scringero, Conzio, Duareno, riunirono essi soli 26 manoscritti del Codice, e Conzio ha riposte nel Codice più di 150 leggi ch'erano andate perdute, fra le quali trovasi la legge 12 *de ædif. priv.*;

Wielingii Amst. 1727, secondo cui venne compilata la *Palingenesia librorum juris veterum Homelii Lips.* 1767 Ciò seguì veramente contro l'espresso diritto di Giustiniano: *nemine audente comparare ea, quæ antiquitas habebat, et quæ nostra auctoritas introduxit. Confir.* ff. II, §. 10. Ma e come poteva egli proibire di cercar di nuovo le opere classiche le quali erano col lasso del tempo andate smarrite, e delle quali egli stesso avea cotanto approfittato?

tanto egli, quanto anche altri giureconsulti progredirono quindi senza posa, coll' ajuto della perfezionata critica, alla rettificazione delle oscure ed inesatte lezioni, e ristabilirono per quanto è stato possibile l' originaria purità del testo, ch' era stata dalla barbarie dei tempi anteriori sopprammodo alterata.

Si sbandirono interamente dalle critiche edizioni che si cominciarono ad eseguire, e da quelle che vi succedettero, le glose che col progresso del tempo divennero superflue (*a*); vi si trovano per lo più soltanto le diverse lezioni marcate in margine o fra il testo, alle quali nelle posteriori edizioni si unì, particolarmente mercè la diligenza di Gottofred, l' utilissima indicazione delle leggi parallele. Da nessuna di queste edizioni si può quindi verificare, se una legge si trovi o no nel Codice glosato (*b*).

(*a*) Dall' anno 1548 in poi non venne più stampato alcun genuino *corpus juris glossatum;* poichè sebbene esso consista in 6 volumi in foglio, e contenga le glose, vi furono però comprese contemporaneamente le leggi non glosate, e le osservazioni dei giureconsulti più recenti. Per quanto so, fuori delle due edizioni ch' io possiedo, nessun' altra n' esiste in Praga, anzi una che sia perfetta, neppure nell' I. R. Biblioteca.

(*b*) Qui non spincerà a molti giureconsulti una mia osservazione. Nella più parte delle leggi dell' ordinaria edizione delle paudette si trovano dei passi, che sono rinchiusi fra segni di forma diversa, ed i quali non hanno forza di legge.

Art. XXIX. Ma sebbene la nuova scoperta delle leggi e novelle fosse riuscita molto grata non solo ai veri giureconsulti, ma ben anche agli amatori delle antichità, il pregio delle medesime non è stato nulla meno dai tribunali riconosciuto. Questi volevano dispensarsi dal nuovo studio, il quale, senza essere preventivamente iniziati nelle scienze ed altre cognizioni sussidiarie, non può far progressi, e per-

Il motivo n' è che sono inserzioni fatte da un giureconsulto posteriore e contenute nel manoscritto fiorentino per ispiegare con ciò dei passi oscuri; a seconda dell' importanza di tali inserzioni differisce anche la figura dei segni di separazione, come si può raccogliere dalla prefazione alle pandette fiorentine ed al *corpus juris Charondæ,* non che dalla *Palingenesia* di Hommel pag XIII. Al giorno d' oggi è superflua la maggior parte di dette inserzioni, anche di quelle indicate per le più essenziali; p. e. quella nella L. 40 *de leg. II*; se cioè si prende la parola *servo* non per il terzo caso del sostantivo *servus*, ma bensì per il tempo presente del verbo *servare* Sarebbe in generale da desiderarsi, stante i progressi fatti dalla critica, che venisse di nuovo riveduto il *corpus juris*, vi si notassero in margine non solo le migliori proposte lezioni, ma si esaminassero di nuovo anche tutte le inserzioni, omettendo le superflue, e dove ne occorressero di nuove, compilarle; onde poi distinguerle dal testo obbligatorio, converrebbe munirle ugualmente di segni di separazione. Ciò succederebbe spessissimo, come p. e. nella Legge 57 *st de judiciis,* ove nell' inintelligibile passo *in eum quem defenderit, transactio, vel judicati datur,* sarebbe da separarsi la parola *transactio* e da introdurre fra *trans* ed *actio* le sillabe *acti,* onde dicesse *trans* (*acti*) *actio*.

sistendo nella vecchia pratica, sostenevano che il diritto romano fosse per la Germania obbligatorio puramente in quello stato in cui trovavasi allorchè fu adottato, e che le rinvenute leggi non potevano avere alcuna autorità legale. Quest' asserzione si è quindi convertita nella mentovata massima: *textus quem glossa non agnoscit nec forum aut curia agnoscit* (*a*), la qual massima è assolutamente da considerarsi, se non come un effetto della stoltezza, per lo meno dell' inerzia nel far progressi nella scienza giuridica, poichè il suo vero senso non è altro, se non che debba aver esclusivamente forza di legge, non già il Codice ricondotto all' originaria sua purità col mezzo di esatti e

(*a*) Questa regola presa in istretto senso è del tutto ingiusta, poichè il diritto romano era in Germania obbligatorio in quello stato medesimo in cui si trovava quando fu adottato. Ma v' erano allora *in corpore glossato* molte leggi, le quali, sebbene non fossero state dai commentatori corredate da *glose*; furono però da essi considerate valide, come si verifica appunto tanto riguardo a molte novelle non chiosate, alle quali tuttavia si riferiscono i commentatori, quanto anche riguardo a molte altre leggi; p. e. i tre ultimi libri del Codice sono tanto poco muniti di glose, e malgrado ciò nessuno pone in dubbio la loro piena validità. Una tale massima dovrebbe dunque essere propriamente così concepità: *Quelle sole leggi che si trovavano nel Codice di Giustiniano all' epoca in cui fu adottato, hanno forza obbligatoria*, dal che ne viene che non sono obbligatorie quelle Leggi le quali sono state posteriormente scoperte.

derfetti manoscritti, ma bensì quello mutilato e pregno d' infinite lezioni inesatte le quali sfigurano totalmente il senso.

É facile il prevedere le conseguenze nocive che dovevano derivarne, imperocchè per non essere le leggi esatte ed intere, nacquero contraddizioni sopra contraddizioni come ne offre in questo particolare una prova bastante la dottrina delle servitù. Indarno sollevossi contro questa massima la voce dei discepoli di Cujaccio anelanti il perfezionamento, che il numero degli sciocchi la oppresse.

Art. XXX. La massima *textus quem glossa non agnoscit, nec forum agnoscit* aveva quindi ottenuto egualmente anche in Boemia forza di legge? Io credo di dover distinguere. Il diritto romano acquistò quivi forza di legge sussidiaria come in Germania, vale a dire per tacita consuetudine; essa era già in pratica certamente all' epoca di Carlo IV, il padre delle scienze, poichè i giovani istruiti nel diritto romano all' università di Praga da lui fondata, vennero promossi alle più importanti cariche dello stato, e principalmente al magistero della giustizia, e come impiegati di tale qualità non ommisero al certo di far pompa delle cognizioni che si avevano con fatica procurate; che poi il diritto romano negli ultimi due secoli abbia avuto vigore come diritto sussidiario di consuetudine

è fuór di dubbio (*a*). Siccome poi all' apparire delle leggi di nuovo scoperte, e per conseguenza non glosate, la Germania intera avea dichiarato come legge la ripetuta massima, così non si può supporre che la Boemia siasi scostata dalla medesima, tanto più che non se ne ha verun indizio (*b*).

Art. XXXI. La qual cosa per altro può estendersi soltanto sino ai tempi dell' Imperatore Giuseppe II. fino ai quali il diritto romano fu ritenuto in vigore come diritto di consuetudine. Siccome però colla patente di promulgazione del Codice, tutte le consuetudini furono private d' ogni forza legale, così lo stesso diritto romano avrebbe perduto totalmente il suo vigore, se quel saggio Monarca non avesse colla patente

(*a*) V. G. Gross nella sua introduzione alle lezioni pratiche, Praga 1773, pag. 78, dimostra questo fatto con dieci diversi decreti.

(*b*) V. G. Gross alla pag. 118 dichiara quella massima come un assioma vigente in Boemia, ed alla pag. 123 egli fa una eccezione soltanto riguardo alla novella 162. Certamente che se gli deve io questo particolare prestar piena fede, poichè egli, mio antecessore nella cattedra del diritto romano, e che fu altresì mio istruttore, non solo apparteneva alla classe de' più celebri giureconsulti che avessero mai esistito, ma godeva eziandio come avvocato esercente d' una fama distinta, per cui, o ch' egli difendeva in persona tutte le cause d' importanza dei suoi tempi, o che prendeva per lo meno parte alla loro trattazione: non dovea essergli adunque ignoto se le leggi non glosate avessero forza obbligatoria,

anzidetta, come pure con quella annessa al Regolamento giudiziario generale pubblicato ancor prima espressamente ordinato che quel diritto conservar dovesse anche in avvenire piena forza in tutti gli oggetti che non fossero stati contemplati in questi due Codici. Da quell'epoca il diritto romano ottenne dunque forza di legge positiva sussidiaria, nè resta che a discutersi il quesito, se quel Monarca abbia inteso parlare del *corpus juris glossatum*, o del non *glossatum*.

Voler supporre il primo, sarebbe far torto a quel saggio legislatore, poichè la scelta fra un Codice mutilato, sovente non intelligibile, e che si contraddice, ed uno depurato da questi difetti, il quale c'istruisce dello spirito del diritto romano, non è già cosa difficile, altronde il fondamento dell'ordine surriferito consiste unicamente in questo, che il Codice romano debba essere ulteriormente obbligatorio in quello stato in cui esso trovavasi a quel tempo in cui veniva adottato; convien dunque rispetto alla Boemia, come pure agli altri stati austriaci pei quali fu promulgato il Codice Giuseppino, esaminar egualmente in quale stato si trovasse il *corpus juris* in quest' epoca nella quale ha perduto il suo vigore come diritto di consuetudine, e che fu elevato a legge scritta ossia espressa, e siccome a tal' epoca

tutte le leggi *non glossatæ* vi si trovavano già da gran tempo non impugnate, così Giuseppe II. ha voluto attribuire anche a tutte queste vigore di legge. Non avrebbe nè anche potuto eseguirsi una mira diversa, imperocchè un Codice dev' essere già sparso fra le mani della nazione; ma è chi possiede in Praga un *corpus juris glossatum* genuino? (*a*) A ciò aggiungasi inoltre che la massima *textus quem glossa non agnoscit nec curia agnoscit* fu introdotta dalla consuetudine: ma l' imperatore Giuseppe II spogliò d' ogni vigore di legge tutte le consuetudini. La mia asserzione viene altresì pienamente avvalorata dalla pratica forense, giacchè dai tempi di Giuseppe II. a questa parte molte sentenze furono appoggiate alle leggi non chiosate, ed in particolare alla L. 12 c. *de ædif. priv.* (*b*).

ART. XXXII. Nulla di meno la L. 12 *de ædif. priv.* trova ancora degli avversarj per due motivi e questi sono:

(*a*) Vedi la mia annot. *b* all' art. XXVIII.

(*b*) La prima sentenza che mi sia nota risguarda la così detta casa Brust, situata sotto il ponte di Praga, colla edificazione della quale, una serie intera di case giacenti sulla riva perdettero la vista sopra il fiume *Moldau* che godevano già dall' epoca della fondazione della città. Secondo il disposto dagli statuti civici al c. 31, quella costruzione non avrebbe potuto aver luogo, ma l' imprenditore si è appoggiato alla legge 12 *de ædif. priv.*, e ne riportò la vittoria.

1. Che Caronda sia stato il primo il quale abbia osato, per ragioni non provate e passate sotto silenzio, comprendere quella legge insieme ad altre non chiosate, nella sua edizione dell' anno 1575.

2. Che la legge 12 sia stata emanata unicamente per la Città di Costantinopoli, e per conseguenza secondo l' opinione di Bacovio, Regio, Mancio ed altri, può essere bensì citata come una legge particolare, ma non come una norma generalmente valida (*a*). Amendue queste obbiezioni sono però prive di fondamento; poichè

Ad 1.m la legge 12 comparve la prima volta insieme alle altre leggi non glosate *in corpore juris Contiano* stampato già tredici anni prima, cioè nel 1562, e ristampato nel 1567, e 1569 poi *in corpore Scringeriano et Portano*: Che le leggi non glosate siano genuine, la critica ne ha dissipato ogni dubbio, essendo esse desunte, secondo il giudizio d' uomini valenti, dai manoscritti più antichi, dell' autenticità dei quali nessuno ha mai dubitato (*b*). Dell' autenticità

(*a*) Giuseppe Gross nelle sue lezioni pratiche, pag. 116.

(*b*) Il *corpus juris* è l' opera dell' antichità come un' altra di qualunque siasi classico. Quanto assurdo sarebbe dunque l' asserire di dover attenersi alla prima edizione, p. e. di Terenzio, sebbene non si possa da quella agevolmente desumere, s' egli abbia scritto in prosa oppure in versi. Era ri-

della L. 12 n' è malleyadore particolarmente Harmenopolo L. II, T. IV, § 58 *et sequ.* ove trovasi parimenti questa legge (c).

Ad 2.m Fa meraviglia che de' giureconsulti di prima classe esternino spesse volte opinioni le quali non solo sono in contraddizione colle massime le più semplici, ma sovente anche colle leggi più chiare: Qui ha luogo e l'uno e l'altro; poichè sebbene le leggi particolari che si trovano nel corpo del diritto, come p. e. i rescritti, decreti, e le costituzioni non avessero il carattere di leggi generalmente obbligatorie, e sebbene le opinioni dei giureconsulti, le quali dalle loro diverse opere come p. e. *ex epistolis, quæstionibus*, furono trasportate nel *corpus juris*, fossero affatto prive di forza di legge, ottennero questa forza ond'essere in generale obbligatorie, coll'essere state assunte nel corpo

servato alla critica raffinata il ricondurre i classici alla primitiva loro purezza; e perchè dunque non doveva essere ciò riservato ai secoli posteriori, riguardo al Codice romano, massimamente che ai tempi dei chiosatori, ove non v'erano ancora libri stampati, nissun manoscritto; e dopo inventata la stampa, nessuna edizione determinata ottenne esclusivamente forza di legge.

(c) Fa sorpresa che perfino dei civilisti si riferiscano sovente nelle loro opere a leggi non glosate, senza far il minimo cenno, che la legge non sia glosata; così p. e. Westfalo nella menzionata sua opera *sect.* II, C. VII, fonda la dottrina del diritto di fabbricare alla L. 12, c. *de ædif. priv.* senza avvertire che non sia inserita nel Codice glosato.

del diritto. Leggasi soltanto la prefazione ai digesti di Giustiniano, indi la conferma di esse, come pure *constitutiones repetitæ prælectionis* (*d*), ove Giustiniano ordina espressamente di estrarre da tutte le Leggi ed opere esistenti de' giuraconsulti ciò che fosse utile ed applicabile, e di ridurlo ad un sistema, d'onde avvenne che molte leggi particolari, siccome contenevano una utile prescrizione, acquistarono vigore di legge generale. Ma noi abbiamo altronde la L. 13, c. *de ædif. priv.*, la quale oltre all'essere glosata, è altresì una delle cinquanta decisioni, colle quali Giustiniano ha espressamente ordinato che la costituzione Zenoniana contenuta nella L. 12, valer debba in tutte le provincie del romano impero come legge in generale obbligatoria; le novelle 63 e 165 confermarono parimenti la Legge 12 (*e*).

Art. XXXIII. Ma poniamo per ipotesi che

(*d*) Nella prima al § 2 è detto fra le altre cose: *sicut et illas vim generalis constitutioni obtinere palam est, quæ ad certas personas rescriptæ, vel per pragmaticam sanctionem ab initio datæ, eidem novo Codici propter utilitatem sanctionis insertæ fuerunt*.

(*e*) In generale ben pochi anche fra gli stessi scrittori saranno stati quelli che abbiano letto più volte e colla dovuta attenzione il Codice come lo abbiamo noi sott'occhio, giacchè diversamente sarebbe incomprensibile che si possano trovare bene spesso nelle migliori opere delle asserzioni contrarie alle disposizioni più chiare.

la L. 12 c. *de ædif. priv.* non avesse per qualsivoglia motivo forza di legge, sussisterebbero nulla meno le disposizioni in punto di fabbriche da me stabilite secondo il senso della giurisprudenza romana, e le idee legali che ne ho inferito intorno alle servitù, mentre noi abbiamo altresì la L. 11, c. *d. tit.* corredata di glose, la quale permette l'erezione d'un edifizio nuovo, o l'ampliazione d'uno già esistente, solo a condizione che venga osservata una distanza di 10 piedi. Il divario consisterebbe dunque in soli 2 piedi, e però dee far gran meraviglia, come mai dopo sì tanti secoli si possa essere ancor imbarazzati intorno alla giusta idea delle servitù in discorso, imperocchè analizzando la 12, od anche l'11 legge risulta incontrastabilmente, che siccome l'alzare gli edifizj dentro lo spazio intermedio legale era vietato, così la servitù *altius non tollendi*, come pure quella *ne prospectui et ne luminibus officiatur*, ed anche la servitù *fenestræ non aperiendæ* (a)

(a) La prova rispetto alle tre ultime servitù sta parimenti nella legge 12 o nell'11. Del resto è da notarsi essere falso che a colui al quale competa la prima servitù, competano per la stessa ragione anche le ultime tre, mentre siccome la legge fa sempre distinzione fra queste servitù, ciocchè si verifica eziandio rispetto al Codice austriaco, debbono esse in conseguenza venir trattate come affatto diverse; nessuna è quindi, presa a rigore, contenuta nell'altra; avremo però occasione di parlarne più diffusamente.

erano servitù fondate nella legge; che all'opposto le servitù affermative, cioè *servitus altius tollendi*, *prospectus*, *luminibus officiendi et fenestræ prospectivæ aperiendæ* erano servitù, le quali, supposto che non esistesse lo spazio intermedio legale, era necessario acquistarle dai vicini mediante contratto.

Art. XXXIV. Ora ho già premesso quanto faceva bisogno onde procedere alla piena discussione del proposto quesito (art. I.) secondo lo spirito del Codice Generale Austriaco. È fuor d'ogni dubbio, a parer mio, ch'esso ha stabilito una massima opposta alle leggi romane, fondata però pienamente nella filosofia del diritto ed è questa: *Il diritto della libertà naturale di poter erigere un nuovo edifizio sul proprio fondo, di ampliare ed alzare quello che già esiste, ovvero di aprire nuove finestre per aver la luce o il prospetto, senza riguardo a verun spazio intermedio, quand' anche venisse con ciò tolto al vicino il prospetto, la luce, e l'aria o cagionato al medesimo qualunque siasi altro incomodo, o pregiudizio, continuerà a sussistere anche in tutti gli stati austriaci, di modo che non sarà necessario, come presso i Romani, un contratto per acquistare le così dette servitù affermative, ma questo acquisto sarà bensì necessario per le servitù negative*. Il dimostrare la giustezza di questa proposizione

non è difficile, malgrado il gran numero di avversarj, poichè il § 297 dichiara *Il proprietario del fondo contemporaneamente anche proprietario del raggio d' aria in linea perpendicolare al fondo medesimo*; ed il proprietario è poi autorizzato a senso del § 362 *a disporre liberamente della cosa propria a piacimento*, per conseguenza ad erigere sul proprio fondo e nell' area di esso qualsivoglia edifizio comunque dannoso ai vicini, senza tèma di dover essere responsabile per il danno che ne potrebbe derivare, mentre giusta il disposto dal § 1305, *Chi fa uso del proprio diritto entro i giusti limiti, non dee rispondere del danno che ad altri ne deriva* (a).

Chi volesse sostenere il contrario, è in obbligo di provare che il Codice civile, il quale è l' unica norma pel diritto privato, abbia circoscritta la libertà naturale di fabbricare con pregiudizio del suo vicino, massimamente che il § 17 esprime chiaro: *tutto ciò ch' è conforme agl' innati diritti naturali si avrà per sussistente fin a tanto che non venga provata una legale restrizione di questi diritti*; e dove mai si trova nel Codice un limite per il proprietario onde non possa accostarsi troppo con un edi-

(a) *Qui jure suo utitur, non videtur damnum dare*: *L.* 9. *de* S. P. U. *L.* 24, 26 *de damn. inf.*

fizio ai suoi vicini, togliere loro il prospetto, la luce o l'aria, ovvero pregiudicarli in altro modo?

Art. XXXV. Che un tale diritto sia un diritto della libertà naturale, non è d'uopo provarlo, poichè il suo fondamento è il diritto naturale di proprietà, il quale si estende alle linee estreme (*a*) del fondo, tanto in altezza quanto in profondità sino all' infinito. Svanisce quindi ogni ragione che potrebbe autorizzare il vicino a proibirci una fabbrica, che noi, in virtù del

(*a*) Per linea estrema dell' edificio il di cui stillicidio sia diretto verso lo stabile del vicino non si può già considerare la mera facciata esteriore del muro, ma conviene aggiugnervi contemporaneamente quello spazio che si trova fra la parte esterna del muro e quella linea che percorrono le goccie cadenti dal tetto; poichè siccome ognuno deve fabbricare in modo da ricevere lo stillicidio sul proprio fondo, non potendo mandar nulla in quello del vicino, se non qualora il fondo di esso sia soggetto a servitù in nostro favore, e dovendo supporsi, attesa la presunzione dell' innato diritto, che ognuno si sia regolato conformemente alle leggi, devesi anche ritenere che l' edificatore non abbia eretto il muro sopra l' estrema linea del suo fondo, ma piuttosto che davanti alla muraglia egli abbia lasciato uno spazio libero sufficiente onde lo stillicidio cada sul fondo proprio. L' adottare una diversa opinione sarebbe come sostenere che il vicino abbia conferito all' imprenditore dell' edifizio la servitù di deviare lo stillicidio (475): (*Servitutem stillicidii avertendi*.) E come si potrebbe sostenerlo, mentre le servitù essendo una costituzione di fatto, non possono mai venir presunte, ma debbono essere provate?

diritto di proprietà, intraprendiamo sul nostro fondo, principalmente perchè egli con un divieto di tal natura verrebbe a dichiarare in modo illegale che il nostro fondo serve al suo, oppure con altre parole, che gli compete verso di noi una servitù. Imperocchè il diritto d' impedire al vicino l' esercizio d' un diritto di proprietà che gli appartiene, fa supporre l' esistenza d' una servitù, anzi d' una servitù negativa, cioè o di non erger più in alto l' edifizio, ovvero di non togliere la luce, la veduta, il giro dell' aria e simili (§§ 372, 476.) Ora siccome io presuppongo che nissuna di queste servitù sia stata fondata col mezzo di contratto, d' una disposizione d' ultima volontà, di sentenza, e della prescrizione, sparisce qualunque principio di possibilità della loro esistenza (§§ 480); la perdita dunque di varj ancorchè importanti vantaggi p. e. del prospetto, della luce, che potrebbe colpire l' edifizio vicino, non appartiene a quella classe di danni che ci possono venir imputati, mentre noi non intraprendiamo nulla sul fondo altrui, ma bensì tutto sul nostro (*a*). Il vicino può viceversa intraprendere

(*a*) *Imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripserunt, in area, quæ nulli servitutem debet, posse dominum, vel alium voluntate ejus ædificare intermisso legitimo spatio a vicini insula* L. 14, D. S. P. U. *Unumquemque in suo quidvis facere posse, vel cum incommodo alterius, modo in alienum*

anch' egli sul suo fondo ciò che più gli aggrada; può in conseguenza, ergendo un edifizio ancor più in alto, impedire il prospetto che noi abbiamo guadagnato, e chiuderci così le nuove finestre; ma egli non deve già immaginarsi d'aver limitato il nostro diritto di proprietà solo per aver egli pensato prima di noi di far uso del suo libero diritto di proprietà. Voleva egli assicurarsi per sempre del prospetto, della luce e dell' aria goduta fino allora dal suo edifizio per la naturale sua posizione; voleva egli impedire l'aprimento d'una nuova finestra onde non essere adocchiato nelle sue faccende, doveva farsi da noi costituire il diritto proibitivo, o sia la servitù negativa conformemente al suo scopo; oppur anche usare la precauzione di non avanzarsi col suo edifizio sino all' estremo limite, sul quale non può vietarci d'intraprendere ciò che egli medesimo ha intrapreso in virtù del diritto di proprietà, senza tema d'opposizione alcuna per parte nostra.

Art. XXXVI. Che queste sieno realmente le massime dalle quali si dipartirono i compilatori del Codice Austriaco, lo prova incontrastabilmente anche il capitolo delle servitù; mentre dal § 475 fino al § 479 vengono indi-

nihil immitat. L. 8, *D. si serv. vind.* L. 9. D. *de ser. præd. urb.* L. 8, C. *de serv. et aqua.*

cate, come appunto si esprimono questi paragrafi, tutte le servitù ordinarie che si possono acquistare nel consorzio civile; ora nel § 476 vengono bensì espressamente enumerate le servitù negative di non alzare la casa, di non abbassarla, di non togliere la luce, l'aria ed il prospetto; all'opposto il § 475, il quale tratta appunto delle servitù affermative ordinarie, non fa veruna menzione delle servitù affermative d'erger più in alto la casa, di abbassarla; di togliere al vicino la luce, l'aria ed il prospetto, le quali sono opposte alle predette servitù negative. E perchè? Perchè le servitù affermative di quest'ultima specie sono l'effetto del diritto naturale di proprietà, e per conseguenza competono senza bisogno di costituirle.

Art. XXXVII. Secondo l'odierno diritto privato austriaco è dunque permesso, ergendo un nuovo edifizio, o alzandone uno già esistente, togliere ai vicini tutto il prospetto, tutta la luce, e tutta l'aria, come pure l'aprire nel nostro muro, ove non ne avesse ancor esistito alcuna, finestre nuove tanto per aver luce, quanto per aver prospetto, senzachè i vicini abbiano diritto d'impedirci nulla di tutto questo; imperocchè volendo essi arrogarsi questo diritto proibitivo, sarebbe un asserire che loro compete una delle servitù negative contemplate dal § 476. Ma come potrebbero essi sostenerlo,

se il § 480 ordina espressamente *che il titolo di una servitù si fonda soltanto nel contratto, o nella disposizione d' ultima volontà, o nella sentenza di giudice pronunziata sulla divisione di beni comuni, o nella prescrizione?* Quindi la legge, sebbene rispetto a tutti gli altri oggetti venga annoverata fra i titoli d'acquisto (§§ 317, 424) viene ad essere, rispetto alle servitù, affatto esclusa dai titoli legali, e manca quindi ogni ombra di fondamento che potesse far ragione ai vicini di vietare nelle vie giudiziarie la costruzione d'un'opera la quale ridondasse in loro pregiudizio. In quanto poi concerne il diritto d'aprire nel proprio muro una finestra, che non vi avesse mai esistito, sebbene diretta nella corte o nell' orto del vicino, esso è appoggiato al § 475, mentre l'apertura di una finestra per aver lume, o prospetto è ivi dichiarata una servitù, solo nel caso che venga aperta nel muro altrui. L'aprirla dunque nel muro proprio è evidentemente riservato al diritto di proprietà; il vicino però, nel caso che la finestra gli riuscisse incomoda, in virtù del diritto ch' egualmente gli compete di poter nell' area propria intraprendere ciò che più gli piace, ha la facoltà di chiudere la finestra ergendovi davanti un muro, od altro; il qual diritto ratterrà certamente il vicino dall' a-

prire una nuova finestra senza il nostro consenso (*a*).

(*a*) Il Codice Prussiano Part. I. Tit. 8, tiene una via di mezzo fra le leggi austriache e romane. Ognuno può aprire finestre per aver luce, esse debbono però esser alte 6 piedi dal pavimento del luogo ove sono poste; le finestre per aver prospetto si possono fare solo nel caso che non vengano aperte in un muro contiguo immediatamente alla corte od all' orto del vicino (§§ 137, 138). Non si possono costruire edifizj nuovi che in distanza di tre piedi dalle fabbriche vicine, e di un piede e mezzo dal vicino spazio aperto (§§ 139, 140). Del resto ciascuno può in generale fabbricare sul proprio fondo tanto appresso al confine e tant' alto che più gli piace (§ 141); ma se le finestre del vicino davanti alle quali si vuol fabbricare, esistessero già da dieci anni, e che i locali ove desse si trovano avessero la luce soltanto da quella parte, il nuovo edifizio dovrà star lontano in guisa che il vicino possa veder il Cielo anche dalle finestre chiuse del pian terreno; se però i locali ricevessero il lume anche da qualche altra parte, allora basta che la nuova fabbrica stia lontana quant' occorre onde il vicino possa vedere il Cielo dalle finestre chiuse del secondo piano (§§ 142, 143). Questa è certamente una disposizione ambigua; mentre a seconda che il vicino, o l' eventuale delegato giudiziario fosse di maggior o minore statura, la pretesa fabbrica avrebbe ad erigersi più o meno distante. Se poi le finestre del vicino non esistessero già da dieci anni, l' edifizio dee star discosto tre soli piedi (§ 144). Secondo il Codice francese può ciascuno egualmente aprir una nuova finestra per aver luce, purchè sia alta 6 piedi al di sopra del pavimento (Art. 676, 677). Se poi si vuol fare una finestra di prospetto per guadagnar la vista diretta sul fondo del vicino, devesi osservare dall' estrema linea del proprio muro sino alla linea di confine del vicino fondo una distanza di 6 piedi; all' opposto per ottener la veduta obbliqua basta una distanza di 2 piedi

Art. XXXVIII. Per tal modo la mia opinione è garantita da ogni ancorchè remoto dubbio. Nulla meno vi sono dei giureconsulti d'ogni classe, i quali in parte risguardano come illegale qualunque fabbrica dannosa ai vicini, in parte si associano soltanto condizionatamente alla mia opinione, nel caso cioè che la fabbrica non sia fuor di modo al vicino dannosa. Tutti questi però non hanno accuratamente analizzato lo spirito della legge, nè ponderato a fondo nella loro connessione gli argomenti da me stabiliti, ma li considerano al più soltanto come amminicoli i quali naturalmente non possono appieno convincere. Io non posso tuttavia passare interamente sotto silenzio le loro obbiezioni, poichè la minuta analisi delle medesime tranquillerà del tutto i miei avversarj, gioverà inoltre, io spero, ad avvalorare le mie ragioni, e contribuirà eziandio ad esaurire la presente materia. Le loro obbiezioni più essenziali ch'io voglio esporre colla più possibile esattezza sono le seguenti:

Art. XXXIX. Prima Obbiezione. Non avvi nel Codice alcun passo il quale contenga espressamente, e affermativamente decida il que-

(Art. 678, 680). Del resto ogni proprietario d' un fondo, di regola, può fare a piacimento ogni genere di costruzioni ancorchè dannose ai vicini, e per conseguenza togliere, fabbricando il prospetto e la luce (Art. 552).

sito, se sia lecito l'intraprendere una fabbrica con pregiudizio del vicino. Un tale quesito *deve quindi*, giusta la disposizione del § 7, *venir deciso con riguardo a casi consimili precisamente dal Codice decisi, ed a motivi di altre leggi analoghe*. Ora, il § 1295 prescrive *che ognuno possa esigere dal danneggiante la riparazione del danno dato con colpa, sia che si avesse mancato con essersi contravvenuto ad un obbligo nascente da un contratto o indipendentemente dal medesimo*. Dal che ne verrebbe la convincente conseguenza, che se si può pretendere la riparazione del danno, si deve altresì aver il diritto d'impedirlo; ch'è poi fuor di dubbio affatto, ch'ergendo una fabbrica si possa cagionare un danno assai ragguardevole (p. e. togliendo il prospetto, la luce goduta da tempo immemorabile), e per conseguenza una notabile diminuzione del valore dell'edifizio. Ma è falso che la presente questione non sia decisa dalla legge, mentre basta che il § 17 ritenga sussistenti tutti i diritti della libertà naturale, che non sono espressamente limitati dalla legge, e che i §§ 472 e 476 dichiarino quale servitù negativa il diritto proibitivo esercitato contro il vicino d'intraprendere qualche opera sul fondo di sua ragione, la qual servitù può riguardarsi per sussistente solo nel caso che sia stata realmente costituita. Non si può

dunque nel caso concreto, secondo lo spirito della legge, parlare di danno, mentre com'esprime il citato § 1295, si è responsabile unicamente del danno dato con colpa; ma chi fa uso del suo diritto di proprietà entro i giusti limiti non incorre, a senso del § 1305 in veruna colpa (a), per conseguenza nemmeno colui che fabbrica sopra l'area propria, non intraprendendo egli cosa alcuna entro la sfera dei diritti altrui, ma bensì il tutto nella propria, ch'è riservata alla sua libera disposizione (§ 362).

È altronde infondata l'asserzione che il danno consista nel togliere la luce, l'aria ed il prospetto goduto da tempo immemorabile, mentre il proprietario del fondo ha gioito di tutti questi vantaggi nella sfera dei suoi diritti, unicamente in virtù del diritto di proprietà, e nulla può autorizzarlo a sostenere che il vicino nella sfera dei suoi diritti abbia da circoscrivere quei diritti di proprietà che potrebbero cagionare la perdita de' succennati vantaggi, poichè in tal guisa egli verrebbe a dichiarare incompetentemente che il fondo vicino gli è divenuto serviente; e come potrebb'egli sostenere quest'assunto, se per fondare una servitù si richiede, se trattasi d'una affermativa, che noi aves-

(a) *Qui jure suo utitur neminem lædit L. 24, in fin. L. 25, D. de damno infecto L. 9, de S. U. P.*

simò esercitato un diritto sul fondo altrui, e se trattasi d'una servitù negativa, che noi avessimo vietato al proprietario del fondo di esercitare un diritto, o ne lo avessimo impedito, e ch'egli si fosse acquietato al divieto, od all'impedimento, (§§ 313, 351) con che però si ottiene sempre soltanto il possesso del diritto proibitivo, ma il diritto della servitù, nol si può ottenere, che mediante l'usucapione, quando concorrano tutti gli altri requisiti (§ 1459). Non avendo però luogo alcuna di quelle circostanze, e che noi avessimo quindi intrapreso qualche opera soltanto sul nostro fondo, procurandoci per conseguenza il godimento della luce o del prospetto, stante lo spazio aperto del quale non profittò il vicino, abbiamo fatto semplicemente uso del nostro diritto di proprietà, nè siamo però autorizzati a sostenere che il fondo vicino abbia in avvenire da tralasciare questa o quell'opera.

Art. XL. Seconda Obbiezione. Questa potrebbe appoggiarsi sopra varj passi di legge, cioè

a) § 364. *In generale ha luogo l'esercizio del diritto di proprietà in quanto non ne siano lesi i diritti d'un terzo.*

b) § 413. *Non è lecito ad alcuno il costruire tali opere o far piantagioni tali che alterino il corso ordinario del fiume, o che potessero cagionar danno alla navigazione, ai mulini, alla pesca, o ad altri diritti del terzo.*

c) § 340. *Se il possessore d' una cosa immobile, o di un diritto reale corresse pericolo di essere pregiudicato ne' suoi diritti colla costruzione di un nuovo edifizio, d' un' opera idraulica, o con un' altra opera qualunque, senzachè, dalla parte da cui si fanno eseguire, siansi osservate le cautele prescritte dal regolamento giudiziario verso il possessore, ha questi il diritto di domandare dal giudice il divieto di simile innovazione, il quale deve decidere il caso colla maggior sollecitudine.*

Molti credono di poter inferire da questi paragrafi che ci debba competer il diritto di proibire una costruzione che ci reca danno, quand' anche non si avesse acquistata alcuna servitù negativa. Se fosse veramente questo il senso dei menzionati paragrafi converrebbe al certo ammettere nel Codice una evidente contraddizione. La mia opinione è però innegabilmente fondata sopra passi di legge decisivi; e si potrebbe mai supporre che i compilatori del Codice Austriaco avessero potuto incorrere in una così aperta contraddizione? Il conciliare anzi la mia opinione coi surriferiti paragrafi, non è oggetto della benchè minima difficoltà, poichè in tutti questi §§ parlasi soltanto d' un diritto spettante ai vicini, ed io ho già regolarmente provato che il diritto di proibire una divisata fabbrica a noi dannosa non compete già in forza

della legge, ma di regola, che devesi acquistarlo in forza d'una servitù. Qualora dunque il vicino non possa provare l'acquisizione di questo diritto per mezzo di contratto, o di disposizione d'ultima volontà, o della usucapione (§ 480), non dee giammai immaginarsi di essere leso in qualche suo diritto. Faccio altronde osservare relativamente al § 413, che i fiumi, quindi per analogia di diritto anche i rivi, godono sotto riguardi politici d'un favore speciale, per cui anche tutte le opere che s'intraprendono sopra simili acque sono sottoposte, come rilevasi dalla chiusa di tale paragrafo, e da molt' altre leggi politiche, alla sorveglianza dell'autorità politica.

Art. XLI. Terza Obbiezione. I miei avversarj credono trovar essenzialmente protetta la loro opinione dal § 858. Eccone il tenore *Di regola non è obbligato il possessore esclusivo a ristaurare il suo muro o steccato cadente, ma allora soltanto dee conservarlo in buono stato quando per l'apertura il vicino avesse a temer danno*.

Or dunque se il vicino è perfin obbligato ad intraprendere la costruzione d'un' opera in nostro vantaggio, pare, secondo l'avviso d'alcuni, ch' egli tanto meno possa essere autorizzato ad intraprenderne una manifestamente in nostro pregiudizio. Ma e come si può mai supporre che questo sia il senso del paragrafo? Ho già dimostrato all'evidenza ch' è

legalmente permesso nuocere ai vicini con un edifizio (art. XXXVII.). Non si può dunque in verun modo essere obbligati a fabbricare in loro vantaggio.

Ben diverso è però il senso del § 858 (a meno che non si voglia ammettere un'aperta antinomia) da quello che molti vogliono attribuirvi. Quale ne sia il vero senso si può agevolmente rilevare dall'oggetto del § medesimo. Esso parla d'un muro, o steccato cadente, ed anzi in relazione col § 854 e cogli altri paragrafi intermedii, di muri o steccati tali che determinano i confini fra i fondi limitrofi. Il paragrafo decide in conseguenza un caso determinato. Or dunque i casi positivamente decisi dalla legge non derogano mai da casi del pari positivamente dalla legge decisi, come p. e. a quello, che si abbia diritto d'intraprendere un edifizio con danno dei vicini; e qui è inoltre da riflettersi che la legge accorda uno speciale favore quando trattasi di muri di confine, per la ragione ch'essi garantiscono dalle reciproche usurpazioni, distinguono in un modo certo ed immutabile le proprietà (§ 845), per conseguenza impediscono le controversie, ed offrono molti altri vantaggi; ed è perciò che il § 858 obbliga perfino il proprietario ad aver cura, dalla parte destra del suo ingresso principale, del necessario recinto del suo fondo, e

della separazione da quello del vicino. Ma prescindendo da muri di quest' ultima indole, non si può in verun modo desumere dal menzionato paragrafo che il nostro legislatore obbligar voglia il proprietario ad intraprendere un edifizio a vantaggio de' suoi vicini, mentre il paragrafo esprime chiaramente, che il proprietario non è, di regola, obbligato a ristaurare il suo muro cadente, aggiungendovi la restrizione, a meno che il vicino non avesse per l' apertura a temer danno.

Ma cosa intende la legge sotto la parola danno? Secondo la chiara disposizione del § 1294, esso consiste in un' azione ingiusta o nell' ommissione d' un obbligo che incombe, e appunto sopra quest' ultima è fondato tutto lo scopo del § 858, poichè questo presuppone un danno cagionato dall' ommessa ristaurazione del muro. Esaminiamo dunque quali siano gli obblighi che potrebbero venir lesi lasciando sussistere l' apertura, e non ne verificheremo altri se non che; o l' obbligo assunto in forza d' una servitù costituita di conservar il muro in buono stato (§ 476), ovvero l' obbligo di prevenirne giusta il disposto dal § 343 l' ulteriore rovina che minacciasse danno al vicino, o finalmente la circostanza (la quale ci obbliga al rimedio), che il vicino dovesse in avvenire, contro lo spirito delle massime contenute nel capitolo delle ser-

vitù, ricevere, per causa di queste aperture; qualche cosa dal nostro fondo, p. e. l'acqua piovana raccolta sul nostro spazio, ch' egli non fosse stato fin' ora obbligato a ricevere; mentre colui che dal proprio fondo fa passare qualche cosa in quello dell' altro, siccome viene con ciò in certo qual modo a pretendere una tolleranza per parte di questi (§ 472), si arroga una servitù, che non si fece per anche costituire (§ 480) (a).

Ora se non ha luogo la lesione d' alcuno di questi obblighi, ha il suo pieno vigore il primo periodo del § 858, vale a dire, che il possessore non è di regola obbligato a ristaurare il suo muro, o steccato, imperciocchè nella stessa guisa che venne da lui costrutto, può egli anche distruggerlo, o lasciarlo rovinare, potendo il proprietario a termini del § 362 non usare della cosa sua od anche distruggerla: Che se il vicino volesse impedircelo, sarebbe lo stesso che arrogarsi verso di noi il diritto di proibirci di non abbassare il nostro muro, ciocchè dal § 476 viene espressamente dichiarato una servitù, la quale non compete già per legge, ma dev' essere costituita da un contratto.

(a) *Idemque ait, et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet: in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat L. 8. § 5, D. si s. vind.*

Volendo il possessore di un fondo impedire con un muro che non v' entrino bestiami, o ladri, al che sono a vicenda esposti i vicini, egli non ha diritto di pretenderne la costruzione per parte loro, ma dee fabbricare il muro a spese proprie, mentre gli mancano i requisiti che possano fondare un diritto personale sulla cosa (§ 809).

L' unico caso d' eccezione sarebbe, quando il rovinato muro si trovasse dalla parte destra dell' ingresso principale, e che fosse stabilito di separare il fondo dal fondo altrui; giacchè allora si dovrebbe a senso del § 858 conservarlo in ogni evento in buono stato; questa disposizione è, come si è detto, una eccezione alla regola generale, che non può quindi estendersi ad altri casi: *casus exceptus firmat regulam in casu non excepto*.

Art. XLII. Quarta Obbiezione. Questa in apparenza è assai più importante, mentre si oppone essere falsa l' asserzione, che si abbia in virtù del Codice la facoltà di costruire un edifizio con danno del vicino, perchè desso non ha limitato nè tampoco introdotto alcun libero diritto di fabbricare, avendo anzi passato del tutto sotto silenzio quest' argomento, a motivo che il nostro legislatore ha affidato, pelle ragioni esposte all' art. XXV, la sorveglianza delle fabbriche soltanto all' autorità politica,

la quale a termini del decreto aulico 5 marzo 1787, dee esaminar attentamente il disegno sotto l'aspetto politico, quindi proibire che si fabbrichi in troppa vicinanza ond'evitare gl'incendj, e che non vengano tolte la luce e l'aria, elementi troppo necessarj alla salute, all'esercizio delle arti che animano il corpo sociale, ed alla bellezza delle città. Sì, il legislatore non ha potuto contemplare per un oggetto di Legge, come pensano i miei avversarj, l'illimitata facoltà di fabbricare, e le restrizioni della medesima, appunto perchè esse dipendono troppo dalle circostanze locali, e dai tempi, le quali influiscono essenzialmente sulla pubblica prosperità, per cui non si può stabilire nulla di generale, e di invariabile; conseguentemente sostengono che non si possa asserire che il Codice protegga l'illimitato diritto di fabbricare, nè che lo circoscriva, ma che e l'uno e l'altro è riservato al giudizio dell'autorità politica. Tutto questo, e quant'altro potessero mai addurre i miei avversarj all'appoggio di viste politiche, non vale ad abbattere il mio assunto, sebbene io sia disposto ad ammettere per vera la parte più essenziale di questa obbiezione.

Si è già motivato all'art. XXV. che ancor prima che andasse in attività il Codice attuale, in virtù dell'aulico decreto 5 marzo 1787, o-

gni disegno di fabbrica doveva essere presentato all' autorità politica, la quale era non solo incaricata di esaminarlo sotto i rapporti delle viste politiche, ma di sentire anche i vicini prima d' accordarne l' assenso; e qualora le controversie fra quelli insorte non avessero potuto appianarsi amichevolmente, di rimettere le parti alle vie giudiziarie, dovendo essa però accordare il permesso d' intraprendere la fabbrica. Questa legge essendo di natura politica, non potea per mezzo del Codice perdere la sua forza obbligatoria; per conseguenza anche adesso, se alcuno vuol ergere un' edifizio, l' autorità locale politica è la prima che dee esercitare le sue attribuzioni, la quale non ha però da prendere in considerazione se non che le viste politiche, usando della sua influenza rispetto al diritto privato non altrimenti che col cercare un accomodamento fra i vicini discordi. Giustissimo è quindi che l' autorità politica non possa permettere la costruzione di nuovi edifizj, o l' ampliazione di quelli già esistenti, quando ne avesse a soffrire la sicurezza contro il fuoco, e che col togliere la circolazione dell' aria, si pregiudicasse alla salute, o in generale si recasse detrimento alla regolarità e bellezza delle contrade.

Il governo che veglia in generale con occhio di padre al pubblico bene, provvede in tal

guisa onde colla costruzione d'un' opera non venga oltre misura pregiudicato agli edifizi esistenti, ma però soltanto che *nol venga oltre misura:* poichè il valore dei nostri edifizj può in causa della erezione d'una fabbrica andar soggetto a notabili danni sotto diversi rapporti; e malgrado ciò l'autorità politica non se ne fa verun caso. Fra questi danni io annovero in generale il togliere una veduta piacevole godutasi già da gran tempo, il diminuire semplicemente la luce, ed in particolare, l'oscurare le stanze situate verso corte, l'impedire la circolazione dell'aria, l'aprire nuove finestre, quando si venga per esse a guardare nella corte, o nell'orto del vicino, e per conseguenza a turbare la libertà delle sue faccende; l'erigere una fucina, una fabbrica di sapone, o il fare altro mestiere che cagioni romore, o puzza con incomodo del vicinato, poiche il pubblico nulla soffre da tutto questo, anzi vi guadagna venendo in tal guisa mantenuta la libera operosità generale. Non è che il singolo individuo che ne risente danno riguardo alle sue circostanze particolari di proprietà, non già in conseguenza d'un'azione illegale, ma per effetto dell'illimitato diritto della libertà del terzo, che lo stato si crede in dovere di proteggere.

L'edifizio dannoso è quindi solamente escluso

dalla classe delle viste politiche, ma richiede anzi meritamente l'adesione dell'autorità politica, ed il diritto privato non offre in ciò alcuna difesa, mentre desso rispetta la libertà naturale (§ 17), e protegge il possessore che fa uso del suo diritto di proprietà (§§ 362 e 1305).

Da ciò risulta dunque chiaramente che volendo alcuno impedire la costruzione d'un edifizio che gli potesse recar danno, altro spediente non gli resta che provare innanzi alla commissione politica incaricata di sorvegliare le fabbriche, che l'imminente danno anderebbe a divenire danno sotto l'aspetto politico, Ma s' egli non è in grado di provare questa circostanza, e che l'autorità politica accordi l'assenso, malgrado l'opposizione insinuata, egli appiglierebbesi indarno all'assegnatagli via giudiziaria, a meno che non sapesse provare all'appoggio del vero senso del § 340, che verrebbe ad essere pregiudicato nel suo diritto, ciò che non può assolutamente dirsi quando trattasi di semplice rimozione di un danno, ma unicamente quando si tratta del diritto proibitivo e impeditivo acquisito in qualcuno dei modi contemplati dal § 480.

Io ammetto però, che il Codice non dichiari letteralmente in verun luogo, che secondo il diritto privato competa al proprietario il libero diritto di fabbricare, massimamente se fosse

dannoso ai vicini. Ma è forse necessario che un principio di diritto sia espresso dalla lettera della legge, onde poter affermarne l'esistenza? No. Il nostro legislatore ha saviamente evitato questo sistema; egli si contentò di stabilire massime generali, almeno allorquando la deduzione delle altre in esse sottintese può farsi per fin' anche da coloro che sono di mediocre intendimento; ed io ho al certo bastantemente dimostrato, che ciò verificasi appunto riguardo alla presente quistione. Sono dunque d'accordo coi miei avversarj, che l'impedire la costruzione di fabbriche dannose, sta unicamente nelle attribuzioni della autorità politica, la quale non ha però da contemplare alcun danno che possa derivarne ai vicini.

Art. XLIII. Quinta Obbiezione. Un altro argomento rimane ancora da esaminarsi, anzi il più importante di cui sogliono valersi li miei avversari. Questo viene desunto dalla legislazione anteriore, ed è considerato per tanto essenziale, che dei giureconsulti medesimi, i quali, in generale, sono della mia opinione intorno al concreto problema, giudicano necessaria per lo meno una legge, che ne dia un chiaro scioglimento. Ma una discussione più minuta saprà difendere la mia asserzione anche da quest' obbietto.

Ho dimostrato all' art. XXIII, che secondo

la legislazione in vigore prima del Codice attuale, non era permesso, giusta il diritto privato, l' erigere un nuovo edifizio con danno dei vicini dentro lo spazio intermedio di 12 piedi, nè di alzarne o ampliarne uno vecchio, o d' aprire una nuova finestra per aver prospetto dentro lo spazio intermedio di dieci piedi (a).

Da ciò dunque viene che il diritto proibitivo o impeditivo d' intraprendere questa o quella delle preaccennate opere, ovvero ciò che significa lo stesso che le servitù negative, le quali secondo il Codice attuale debbonsi acquistare mediante contratto, in virtù della precedente legislazione competevano, giusto il diritto privato, conseguentemente che tutti gli edifizj in allora già esistenti erano in possesso delle servitù negative. Conviene perciò attribuire a questo possesso la forza uguale, come se avese per base un contratto, poichè il Codice attuale (§§ 317, 424), annovera ugualmente che la legislazione anteriore, non solo il contratto ma ben' anche la legge fra i titoli d' acquisto di qualunque siasi diritto reale. Ora siccome il nostro Codice non vuole annullare

(a) Se in alcuna delle Provincie Austriache gli statuti patrij avessero fondato un diritto diverso, sarebbe un' eccezione alla regola.

quelle servirtù che si sono acquistate per contratto, esso non può nemmeno, secondo l'avviso de' miei avversarj derogare, a quelle che sono fondate nella legislazione anteriore.

Sebbene questa obbiezione contenga molto di vero, vi si trova eziandio molto d'erroneo. Egli è vero che il diritto proibitivo e impeditivo, secondo la legge anteriore, competeva ai vicini in forza del diritto privato, ma non è vero che secondo quella legislazione le servitù negative fossero per legge costituite affatto nello stesso modo, come se lo fossero state per mezzo di contratto; imperocchè sotto la denominazione di servitù costituite (*servitutes constitutæ*) s' intendono quelle soltanto, le quali sono fondate non semplicemente sopra un titolo, ma che sono in pari tempo inerenti al fondo soggetto a servitù in forza della inscrizione nei libri pubblici (§ 481). Le prime non danno che un diritto personale, le seconde invece (premesso che il contratto sia stato inscritto nei registri pubblici, ciò che ha luogo d' ordinario), un diritto reale (§ 425).

Ma anche il diritto personale derivante soltanto dal titolo legale, si distingue essenzialmente dal diritto fondato in un contratto, poichè quest' ultimo non può di regola annullarsi, se non che di concerto fra le due parti, a mo-

tivo che i contratti non si possono revocare da una parte sola; il primo all' opposto si estingue senz' altro tostochè il legislatore cambia, o espressamente abolisce la legge (§ 9), nè il suddito può quindi più riferirsi alla legge abrogata, imperocchè dessa gli accordava unicamente la speranza di far valere un diritto solo allorquando gli si presentasse l' occasione di esercitarlo. Il § 5 esprime chiaramente: *Le Leggi non hanno effetto retroattivo, e perciò non influiscono sopra atti precedenti, nè sopra diritti anteriormente acquistati.* Esse hanno quindi assolutamente una valida influenza sopra diritti non ancor acquisiti, e soltanto futuri, della qual' indole è manifestamente il diritto fondato nella legislazione anteriore di poter vietare un edifizio dannoso che il vicino volesse erigere (*a*).

All' epoca in cui l' attual Codice Austriaco andò in attività nella Boemia i figli nobili già nati, non hanno forse dovuto commutare il loro diritto di poter pretendere dai loro genitori (R. P. O. 21. I.-I. 11) quale porzione legittima, undici duodecimi del patrimonio immobile, col diritto alla sola metà del patrimonio? (§ 567). Per conseguenza anche i possessori degli edifizj che già esistevano a quel-

(*a*) Vedi la mia 4. annot. al §. 5 del mio Com. 1 vol.

epoca, debbono rinunziare al diritto di vietare ed impedire una fabbrica che fosse loro dannosa, e ciò anzi senz' accagionare d' ingiustizia la legislazione, poichè il suo vigore dee sempre operare riguardo a diritti non ancor acquistati, a meno che non si voglia negare al legislatore la facoltà di migliorare le leggi. È ben vera, che il suddito viene in tal guisa forzato a rinunziare a non pochi vantaggi, forse molto preziosi, ma ciò avviene, soltanto perchè lo richiede il bene dello stato, o per lo meno, perchè la precedente legislazione avea ecceduto i limiti naturali dei principj del diritto. Egli deve dunque riflettere che la nuova migliore legislazione, fondata sopra massime più liberali, accorda a lui medesimo in altri affari, nuovi vantaggi, principalmente nel caso che divisasse l'erezione d'una fabbrica, la quale fosse nociva ai suoi vicini. Del resto l'obbietto contiene un' altra asserzione non giusta, ed è che il Codice annovera la legge fra i titoli per acquistare qualunque siasi diritto reale, mentre sebbene questa proposizione sia in generale espressa nei §§ 317 e 424, le servitù fanno tuttavia eccezione da questa regola, perchè la legge non è dal § 480 annoverata fra i titoli per fondare un diritto di servitù, dal che deriva contemporaneamente una prova superiore a qualunque dubbio, cioè quel-

la, che non si possa assolutamente asserire d' essere autorizzati, all' appoggio di qualsivoglia legge politica, ad impedire una fabbrica, imperocchè chi volesse ciò pretendere, sosterrebbe che il proprietario del fondo su cui vuol eseguire l' opera, è obbligato ad ommetterla in di lui vantaggio, e che per conseguenza il fondo è soggetto a servitù in suo favore § 472.

Art. XLIV. Ma e si potrebbe erigere un edifizio anche a bella posta per vessare i vicini. Ciò pure era dagli statuti civici proibito; è detto al C. 13: *Nissuno potrà per malizia togliere al vicino la luce, oscuragli le finestre, o chiuderle affatto ergendo un muro, od altro*. Ma siccome in tal caso trattasi del diritto unicamente privato, riguardo al quale il nostro Codice (secondo il chiaro tenore del quarto paragrafo della patente di promulgazione) ha abolito tutte le leggi in quanto trattasi d' oggetti da esso contemplati, e per conseguenza anche gli statuti; così un tale quesito dee venir sciolto unicamente all' appoggio del Codice. Ma per scioglierlo giustamente è prima di tutto necessario verificare cosa abbiasi ad intendere per fabbrica maliziosa e vessatoria? Sotto questa espressione non si può intendere se non che una costruzione la quale arrechi danno ai vicini, che

non sia utile all'imprenditore; e non accresca il valore del suo edifizio, cosichè sia per il proprietario indifferente l'eseguire, o il non fare la divisata innovazione. Per mezzo di cadauna di queste tre proposizioni io intendo esprimere qualche cosa di diverso, poichè utile propriamente è soltanto ciò che aumenta la rendita, e con essa anche il valore della cosa, p. e. l'erezione d'un nuovo piano sopra una casa (§§ 331, 1037). Ma si può ammettere benissimo che un'opera accresca il valore di una cosa, senza che ne venga contemporaneamente aumentato il prodotto, p. e. gli ornati ed abbellimenti esterni di una casa situata in una città; e si può egualmente ammettere che possa premerci un'opera, e che vi possa entrare il nostro interesse, senza che venga aumentata la rendita o il valore della cosa, come avviene p. e. alzando un muro per non essere veduti anche nel più remoto angolo della corte o dell'orto. Che noi, nella qualità di proprietarj, possiamo intraprendere tutto ciò che concilia il nostro giusto interesse, quando anche agli occhi de' nostri concittadini sembrasse non poterne derivar alcun profitto, lo dimostrerò diffusamente all' art. LII. e seguenti, e sono quindi pienamente persuaso, che giusta il diritto privato si è in facoltà di erigere un edifizio ancorchè i vicini

fossero in grado di provare che all' edificatore interessar non possa l'esecuzione della fabbrica, e che il suo scopo non tenda a recare una vessazione; imperocchè

I. Mancano al giudice i dati caratteristici che sono necessarj, onde poter giudicare se il proprietario venga nella divisata costruzione diretto realmente da un giusto interesse (*a*). Siamo pur in facoltà d' intraprendere una fabbrica, non solamente pel proprio bisogno e comodo, ma eziandio per proprio piacere, e per ornamento (§ 332), od anche pel solo genio dell' arte, o per qualsivoglia altra particolare affezione (§ 305), conseguentemente siamo in diritto di procurarci con tal' opera il nostro vantaggio, o piuttosto il nostro interesse (*b*).

(*a*) C. B. Hommel nella sua *Rhapsodia quaestionum* V. III. ob. B. XX. N. 3. dice: *opus quo mihi non prosim, si quid video nondum extitit ullum. Non solum enim natura et Deus, sed ne homines quidem aliquid frustra faciunt. Quis quaeso, impensas fecerit sine causa?* Più avant, N. 9: *Nihil enim homines sine ratione suscipiunt, quamcumque autem fingas ædificandi causam, speciem utilitatis habebit.*

(*b*) I Romani la pensavano egualmente. Alcuni passi di legge lo dimostreranno: *quædam enim habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt*. L. 19 D. *de servit. Affectûs rationem in bonæ fidei judiciis habendam*. L. 54 D *mand. Hoc jure utimur, ut etiam amænitatis causa, aqua duci possit*. L. 3 *de aqua quotid. Porticum ambulatorium facere licet*. L. 8 § 1. D. *Si serv. vind.* La pensano pure così anche il D. G. Hufeland nella sua opera intorno al vero spirito del Diritto romano P. 2. art. 4 pag. 91., e A. F. Thibaut nel

L' edificatore avrà dunque sempre pronto qualche pretesto onde allegare un apparente vantaggio. Quindi la prova che si voglia costruire un' opera a solo fine di molestare, non potrà mai venire stabilita, o sarà per lo meno una delle più difficili. Questo caso si verificherebbe sempre con tanta maggior certezza, in quantochè non è mai da immaginarsi che alcuno voglia incontrare spese affatto inutili, cosicchè milita in suo favore la presunzione che soltanto il suo vero interesse lo determini ad eseguire la divisata fabbrica. Da ciò ne viene incontrastabilmente che quand' anche le leggi volessero proibire una fabbrica la quale ridondasse a mera vessazione del vicino, non avrebbe mai luogo la loro applicazione, a meno che non se ne avesse la confessione per parte dell' imprenditore medesimo (*c*).

II. Dove abbiamo noi nel Codice un passo il quale proibisca un edifizio che sia inutile all' imprenditore, e non serva che a molestare i

suo saggio intorno a singole parti della teoria del diritto. Jena 1817. vol. 1. Trall. 1. Vero è per altro che i surriferiti passi di legge parlano per lo più dell' esercizio d' una servitù costituita, tanto più dunque devesi esser in diritto di fare nella cosa propria ciò che tenda a soddisfare alla voluttà, al genio dell' arte, ed in generale al proprio capriccio.

(*c*) Per questo motivo C. Tomasio applicò alla sua dissertazione dell' anno 1755, nella quale sostiene la medesima opinione secondo il diritto romano, il titolo: *Non datur actio forensis contra adificantem ex æmulatione*.

vicini? In nessun luogo. Questo quesito dev' essere quindi manifestamente deciso come lo fu da me negli articoli XXXIV, e XLIII, anzi all'appoggio di quelle ragioni medesime, colle quali ho in generale dimostrato essere lecito fabbricare in pregiudizio dei vicini (*d*), poi-

(*d*) I civilisti non vanno fra loro d' accordo sopra questa questione. Gli antichi sostengono non essere permesso il molestare i vicini con un edifizio inutile; essi appoggiansi principalmente alla L 3 pr. D *de operibus publicis*, nella quale è vietato fabbricare *ad æmulationem alterius civitatis*, senza l' assenso del principe. I giureconsulti moderni all' opposto serbano quella stessa opinione ch' io credo rinvenire nel Codice, poichè la L. 3 parla soltanto di edifizj pubblici che vengono eretti per gelosia ed invidia delle città vicine, i quali potrebbero dar motivo a turbolenze interne, come si può desumere dalle parole: *quæ materiam seditionis præbent*. Questa legge non può dunque estendersi alle fabbriche private. Le altre leggi, che sembrano appoggiare l' opposta opinione furono emanate onde promovere l' agricoltura; e per ciò che concerne la L. 38 *de rei vind.* che proibisce al possessore, il quale deve cedere la cosa al proprietario, di cancellare dai muri le pitture, è da spiegarsi in questo modo, che in tal caso sottentrino dei speciali motivi legali, cioè che il proprietario pel diritto d' accessione sia divenuto anche proprietario della pittura, e che il possessore verrebbe quindi a cagionare del danno alla cosa altrui, senza aver da sperarne profitto alcuno, consumando altronde inutilmente i suoi mezzi; quindi con ragione dice la Legge: *neque malitiis indulgendum est · si tectorium quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus, nisi ut officias*. Sarebbe anche assurdo il riportarsi alla L. 15 D *de servit.* ov' è detto: *quoties nec hominum, nec prædiorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet*, onde prova-

chè, siccome il proprietario d'un fondo, coll'intraprendervi un'opera, usa unicamente del suo diritto naturale di proprietà che non è limitato da veruna legge civile, così non è punto da esaminarsi s'egli se ne valga per suo bisogno, per comodo, per diporto, o finalmente perchè così voglia; imperocchè il § 329 esprime: *Il possessore di buona fede può per la sola ragione del possesso di buona fede usare ad arbitrio della cosa ch'egli possiede, consumarla, ed anche distruggerla senza responsabilità*. Il § 362 è pure in armonia colla premessa disposizione, esprimendosi in questi termini: *In forza del diritto di disporre liberamente della sua proprietà, chi ha la piena proprietà, può di regola a piacimento usare e non usare della cosa sua; può distruggerla, trasferirla tutta od in parte in altri, o rinunziarvi pienamente, cioè abbandonarla*, e conseguentemente, come spesso l'esperienza c'insegna, si può intraprendere anche una fabbrica la quale anzichè

re, che ogni qual volta non risulti un giusto interesse, non abbia da aver luogo l'esercizio d'un diritto, mentre ciò può ben esser giusto nel caso contemplato dalla citata Legge, cioè quando si voglia far valere una servitù, e per conseguenza un diritto sopra il fondo altrui, ma non quando si voglia far valere il diritto di proprietà sul fondo proprio, essendo il proprietario in facoltà perfino di consumare, e distruggere la cosa sua, ancorchè il suo vero interesse richiedesse il contrario.

promòvere il nostro vantaggio, manifestamente lo distrugge.

Se dunque un possessore e proprietario di buona fede può consumare e distruggere la cosa propria, sarebbe in aperta contraddizione collo spirito della legge il voler asserire competere legalmente ai vicini la facoltà d'usare verso chi erige un edifizio questo linguaggio: *Tu imprendi una fabbrica che ti è inutile, contraria ai tuoi vantaggi, ed al tuo interesse*. Imperocchè e chi autorizza i vicini a predicar la morale a coloro che fabbricano? (e). Se vogliono essi farsi conto del proprio danno che temono poter loro derivare dal nuovo edifizio, dimenticare non debbono che il giudice non vi può avere il minimo riguardo; poichè *colui che fa uso d'un suo diritto dentro i giusti limiti, non è risponsabile del danno che ad altri ne deriva* (§ 1305) (f).

(e) *Qui contra sentiunt*, dice Hommel nella sua menzionata dissertazione, *honestatis regulas confundere videntur, cum præceptis justitiæ, et humanitatis officia cum perfecta obligatione. Si in meo ædificem, quo jure vicinus de æmulatione conqueratur?*

(f) Onde avvalorare questa massima legale, Tomasio nella sua menzionata dissertazione § 13. Si esprime in questi termini: *Dicitur damnum injura datum, quod non jure fit, i. e. dolo vel culpa dantis. L. 5, § 1, ad L. Aquil. At nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur, inquit Cajus L. 55. de R. I. Nemo damnum facit, nisi qui id facit, quod facere jus non habet, ait Paulus L. 151, eod. t. Et hoc ve-*

In generale manca ai vicini ogni legale titolo per ispiegare un' azione tendente a far cessare una fabbrica, poichè un' azione possessoria non può loro a quest' intento competere; mentre io presuppongo che non sia stata loro costituita una servitù mediante l' inscrizione nei libri pubblici (§ 481). Essi non possono spiegare nè meno un' azione personale non potendo questa essere fondata se non che nel contratto, nella disposizione d' ultima volontà, in una sentenza o nella legge (§ 424), le quali cose tutte mancano pur ugualmente (g).

E non vi sarà dunque in fatti alcun rimedio legale onde vietare una fabbrica evidentemente maliziosa, per lo meno nel caso in cui l' imprenditore medesimo avesse ammesso di non

rum est apud omnes gentes etiamsi Cajus aut Paulus nunquam dixissent, nec Tribonianus in corpus juris redegisset, inde enim in omnium ore est, quod, qui jure suo utatur, nemini faciat injuriam.

(g) Io non sono già in contraddizione con me medesimo se asserisco al pross. art. LV, che il giudice è autorizzato a far cessare la durata d' un diritto proibitivo, ossia, ciò che equivale, una servitù negativa, qualora non arrechi alcun vantaggio alla parte che n' è in possesso; poichè avvi una essenziale diversità, se trattasi del diritto del proprietario di liberamente disporre della cosa sua, ovvero d' un diritto proibitivo acquistato sopra le ragioni altrui, delle quali il legislatore permette una restrizione soltanto nel caso che derivi un vantaggio alla parte che vi ha un diritto.

aver altro scopo che quello di vendicarsi del suo vicino, e di molestarlo (h)?

Le autorità giudiziarie non possono prestar veruna assistenza, dovendo esse proteggere sempre il proprietario nel suo diritto di liberamente disporre, a meno che non ne venissero lesi i diritti d' un terzo (§§ 363 e 364). La qual cosa sostenere però non possono i vicini nel caso in cui il proprietario intraprendesse una fabbrica sul proprio fondo, mentre non compete loro alcuna servitù sopra il fondo stesso, ovvero in altri termini, non spetta ai medesimi alcun diritto proibitivo, e per conseguenza non hanno in massima diritto di vietare una tale fabbrica. L'autorità politica però, senza la di cui ap-

(h) Hommel nella menzionata sua dissertazione al § 3 ritiene che il giudice non abbia la facoltà di vietare ne meno un edifizio che si volesse erigere per vendetta, essendo la vendetta talvolta giusta; che il vicino si contenga anch'egli in modo da non offendere, e se offende può l' offesa essere bensì assai sensibile, ma però d' indole tale da non poter così agevolmente divenir argomento di reclamo, da un canto perchè dessa all' occhio del giudice, il quale ben di rado s' investe del sentimento dell' offeso, riesce insignificante, dall' altro perchè la prudenza ed altre circostanze richieder possono di non permettere che l' offesa venga a formar oggetto dei discorsi del pubblico, ed in tal caso Hommel sostiene che una fabbrica in pregiudizio del vicino offensore sarebbe una giusta vendetta, ed anzi una savia misura per distoglierlo da nuove offese. Ma può forse la vendetta migliorare un uomo maligno? Potrebbe divenire per esso piuttosto una provocazione onde raddoppiare le offese.

provazione non si può intraprendere alcun edifizio, negherà certamente il suo assenso ad una simile fabbrica, imperocchè essendo essa instituita a reggere il ben pubblico, deve altresì vegliare onde venga nella sua origine represso fra i vicini qualunque fomite di reciproca amarezza, qual fonte di moltiplici mali (*i*).

(*i*) Non solamente con un edifizio, ma ben anche col dipingere una muraglia, coll' erigere una statua, i vicini si trovano ben spesso offesi, p. e. se la pittura o la statua avesse a ricordare ai vicini la loro bassa origine, la passata abbietta occupazione, o quella de' loro antenati o una pena criminale subita. Anche in questo caso, non le magistrature giudiziarie, ma soltanto le autorità politiche possono accordar protezione, a meno che non subentrasse la circostanza della lesione d' onore (§ 1330).

INDICE DELLE MATERIE

DEI SINGOLI ARTICOLI

DEL SECONDO CAPITOLO

Del Diritto di vietare le Fabbriche

Art. XLV-XLVI. *Nissun terzo può, di regola, vietare al proprietario di usare in qualunque siasi modo della cosa sua.*

XLVII. *È lecito colla piantagione di alberi togliere al vicino il prospetto e la luce.*

XLVIII. *I vicini non hanno diritto di proibire l'erezione d'uno stabilimento d'industria, il di cui esercizio cagionasse strepito, fumo, e puzza.*

XLIX. *È lecito scavare un pozzo, a malgrado che venisse con ciò levata l'acqua al fonte del vicino.*

L. *Non è permesso l'eseguire un opera sopra l'estrema linea del nostro fondo.*

LI. *È lecito trattenere l'acqua piovana che radunasi sul nostro fondo, sebbene da tempo immemorabile avesse avuto il suo corso nel fondo inferiore, ed il proprietario di quest' ultimo non*

10

può allegare d'avervi un diritto acquistato mediante un possesso immemorabile.

LII. *Se possa sussistere una servitù, la quale non produca verun vantaggio alla parte che vi ha diritto?*

LIII. *È una condizione essenziale che la servitù debba essere vantaggiosa a chi ne ha il possesso.*

LIV. *Di qual natura debba esser un tale vantaggio?*

LV. *Le servitù affermative nell'esercizio delle quali trovasi la parte che vi ha diritto, non possono annullarsi sotto pretesto che non procurino alcun vantaggio.*

LVI-LVII. *Possono però essere annullate le servitù negative, poichè soltanto rispetto a queste può il criterio del giudice discernere e determinare l'inutilità del diritto proibitivo.*

LVIII. *In questo caso non è da soddisfarsi nè pure a quella multa pecuniaria che fosse stata promessa pei casi di contravvenzione.*

LIX. *In generale, il contratto di non voler far uso della sua proprietà, non è valido.*

LX. *È falso che i citati passi di legge dimostrino piuttosto che mancando il vantaggio, abbiano ad estinguersi le servitù affermative, anzichè le negative.*

LXI. *È ugualmente falso che manchi al giudice il criterio per giudicare dell'inutilità delle servitù negative, del pari che per le affermative.*

LXII.-LXIV. *Se richiedasi pella validità d' una servitù che sia espresso lo scopo della costituzione della medesima?*

LXIII. *Se per costituire validamente una servitù prediale richiedasi che i fondi siano limitrofi, ed in qual modo si distinguano le servitù rustiche dall' usufrutto?*

LXIV. *Casi nei quali non è necessario esprimere lo scopo della costituita servitù.*

LXV.-LXVI. *Motivi pei quali le servitù prediali vengono di regola considerate non già come diritti personali, ma bensì come diritti continuativi?*

LXVI. *Riguardo a quali servitù e sotto quali circostanze debba essere espresso lo scopo della costituzione?*

LXVII. *Se l' acquirente d' una servitù prediale dichiarata dalla legge, tace la circostanza ch' egli sia possessore limitrofo, il suo diritto viene, al più, ristretto alla sua persona.*

LXVIII. *Riguardo a quelle servitù le quali considerate in sè medesime, procurano un vantaggio anche a persone che non posseggono fondi, non occorre, all' atto della concessione, che venga dichiarato lo scopo per cui si costituiscono.*

LXIX. *Una tale servitù non passa tuttavia agli eredi della parte che vi ha diritto, sebbene, di regola, in tutti i diritti derivanti da un contratto succedano gli eredi.*

LXX. *Venendo promessa una delle sei prime servitù urbane affermative menzionate al* § 475 *ad alcuno il quale non sia proprietario d' una vicina casa, oppur venendo promessa la settima servita urbana* (§ 475), *una delle servitù urbane negative* (§ 476), *oppure la servitù d'acquedotto* (§ 476), *ad alcuno il quale non sia ne anche possessore d' un fondo limitrofo, supposto che la parte accettante non abbia espresso lo scopo che gli dee procurare un vantaggio, sono esse senza effetto.*

LXXI. *Di quale natura debba essere la prossimità dei fondi; e se un fondo intermedio si opponga all' essenza della servitù?*

LXXII. *Le servitù affermative che vengono esercitate non possono venir impugnate sotto pretesto che non siano utili al possessore, ma bensì sulla base dell' impossibilità della prestazione.*

LXXIII. *Casi nei quali una servitù viene a riuscire priva d' effetto per essere impossibile, o illecito l' esercizio della medesima.*

LXXIV. *Il contratto illecito non rende tuttavia nulla, di regola, l' intera convenzione, ma soltanto la parte illecita.*

LXXV. *È applicabile alle servitù negative il teorema:* La possibilità della prestazione è un requisito essenziale di tutti li contratti.

LXXVI. *Qualora il contratto con cui viene costituita una servitù, non fosse valida per essere*

impossibile o illecita la prestazione, non compete sempre il diritto alla indennizzazione.

LXXVII. *Prova ulteriore che manca al giudice il criterio onde poter dichiarare inutile una servitù affermativa.*

LXXVIII. *Che all' opposto non può mancare questo criterio, trattandosi d'una servitù negativa.*

LXXIX. *Il giudice non dee avere mai riguardo alle mire ed ai motivi segreti delle parti contraenti.*

LXXX. *Sebbene la legge in alcuni determinati casi dichiari espressamente privo d'effetto il diritto proibitivo, non si può tuttavia inferirne che si possa validamente costituirlo in ogni altro caso.*

LXXXI. *Dalla massima, che le servitù negative le quali non possono procurare alcun vantaggio, sono senza effetto, ne viene, che anche nel caso, in cui una servitù negativa, considerata in se stessa, fosse validamente costituita, non si può pretendere che abbia ad avere effetto, dacchè non offre alcun vantaggio alla parte che vi ha diritto.*

DEL DIRITTO
DI VIETARE LE FABBRICHE

CAPITOLO SECONDO

Art. XLV. È dunque garantita di qualunque attacco la mia proposizione, che secondo il diritto privato si possano erigere nuovi edifizii, oppur alzare ed ampliare quelli già esistenti con pregiudizio dei vicini. A fine di esaurire la massima che ha per base il presente Trattato, che noi non siamo autorizzati a proibire ad un proprietario una innovazione sul suo fondo, la quale ci cagioni danno, io voglio ancor avvertire sulle ulteriori conseguenze che ne derivano, e rispondere alle obbjezioni che vi si potrebbero opporre, in quanto che desse, attese le già stabilite idee, abbisognassero ancora di risposta.

Siccome, a senso della chiara disposizione del § 362, chi ha la piena proprietà può di regola a piacimento usare della cosa sua, e il § consecutivo aggiunge l'unica limitazione purchè dall' uno non si intraprenda

cosa contraria al diritto dell'altro; e siccome inoltre l'unica base del diritto proibitivo, o impeditivo d'intraprendere qualche cosa sul proprio fondo, o di usarne in qualsivoglia modo, non può consistere che in un contratto, in una disposizione d'ultima volontà, in una sentenza, e nella prescrizione (§ 480), ne viene incontrastabilmente, che colui il quale non può allegare in suo favore alcuno di questi titoli, non ha diritto di vietare al vicino il modo, di qualunque natura esso fosse, onde usare della sua proprietà.

Art. XLVI. I vicini sono dunque in facoltà:

1.° Di piantar alberi, ancorchè col loro crescere venissero a toglierci la luce, il prospetto, e l'aria, od a riuscirci incomodi per qualsivoglia altra causa;

2.° Di erigere uno stabilimento d'industria, l'esercizio del quale ci tolga il prospetto e la luce, p. e. collo spiegare le merci stampate onde asciugarle all'aria; o per cui venga diffuso sul nostro fondo fumo e puzza disgustosa, p. e. una saponeria; oppure che ci faccia pervenire un romore ingrato, particolarmente battendo, martellando, pestando, p. e. una bottega da calderajo, maniscalco, bottajo, o di simil altri artigiani, il di cui mestiere sia inseparabile da strepito;

3.° Di scavare un pozzo, un fonte, od altro, quand'anche venissero con ciò disseccate le vene dell'acque del nostro;

4.° Di arrestare sul proprio fondo per profittarsene, o far passare sul fondo d'un terzo l'acqua piovana che per l'addietro, stante la posizione naturale

scorreva al fondo del vicino, che il proprietario di questo ha sempre raccolta da tempo immemorabile per inaffiare il suo giardino, od altrimenti goduta.

Sarebbe superfluo il far menzione d'altre maniere meno incomode colle quali possono i vicini far uso della loro proprietà, essendo esse, giusta la massima legale che *nel più è compreso il meno* (§ 1029.), già sott' intese. Io voglio piuttosto addurre qualche cosa onde avvalorare le testè menzionate facoltà.

Io suppongo prima di tutto che per esercitare le facoltà permesse abbiasi riportata l'approvazione politica, in quanto che vi concorrano viste politiche, p. e. riguado a quelle professioni che travagliano col fuoco, o che cagionano puzza e susurro (*a*); ottenutasi tale approvazione, il diritto privato non può, sotto verun aspetto, più opporsi all'esercizio delle facoltà medesime, vale a dire, esso non offre alcun rimedio legale onde vietarne in via giudiziaria l'esercizio; imperocchè nella stessa guisa che non si possono spiegare ragioni sulla proprietà dei terzi, quando non

(*a*) I passi a questo proposito più importanti che si trovano negli statuti civici sono i segnenti: gli artisti che lavorano col fuoco debbono nella costruzione delle loro fornaci, de' focolari, e cammini aver cura della sicurezza del fuoco necessario al vicinato, Cap. 36. Coloro ch'esercitano mestieri che caglonano puzza e romore, debbono fabbricare le loro case nelle contrade destinate già da gran tempo all'esercizio della loro professione, Cap. 37; poichè a tenore del Cap. 28 nissuno può altrui cagionar danno o disgusto con fumo, puzza, col versamento di cose fluide, e con acqua piovana, tampoco che con altre immondizie.

esista alcuno dei menzionati quattro titoli legali (§ 480), non si può neanche vietare l'esercizio d'alcuna delle ridette facoltà che sono considerate rami del diritto di proprietà, mentre la loro diminuzione è una lesione al diritto di proprietà medesimo.

Onde giustificare le surriferite quattro specie di facoltà serviranno le seguenti riflessioni:

Art. XLVII. 1.° Se è lecito togliere ad altri il prospetto e la luce mediante la costruzione d'un nuovo edifizio (art. XXXIV-XL-XLIV), sparisce tutto ciò che potrebbe ostare alla piantagione di alberi, mentre questi non possono riuscirci giammai tanto molesti, come una parete, poichè gli alberi non tolgono mai l'intero corso dell'aria, nè tutto il prospetto, nè levano tutti i raggi della luce come una muraglia, tranne, al più, nella stagione in cui sono totalmente fronduti. Anzi, chi avesse costituita al vicino la servitù di non erigere più in alto il proprio edifizio, rimane ancor sempre autorizzato a togliergli colla piantagione degli alberi la luce ed il prospetto. È ben vero che la mira del vicino nell' acquisto della predetta servitù sarà stata unicamente diretta ad assicurarsi per essa della luce e del prospetto; ma siccome il piantar un albero é cosa affatto diversa dall'erger più in alto un edifizio, e il § 476 distingue la servitù di non alzar l'edifizio, da quelle di non togliere il prospetto e la luce, per cui queste due ultime servitù, essendo dichiarate totalmente diverse dalla prima non sono compenetrate in essa, così l'acquirente di cotesta servitù deve

ascrivere a sè medesimo, se non si ha fatto espressamente costituire al tempo stesso anche le due ultime servitù (*a*).

Art. XLVIII. 2.° Ciocchè vale riguardo alla piantagione degli alberi, è pure di diritto, pella ragione medesima, circa l'appendere una tela, o sospendere oggetti, i quali diminuiscano il prospetto e la luce. I civilisti chiamano questa servitù: *Servitutem positum aut suspensum non habendi.* Il nostro Codice non ne fa, per dire il vero, espressa menzione; e malgrado ciò non vien essa esclùsa come tante altre servitù non menzionate nel Codice, p. e. quella di non iscavare un pozzo, di non trattenere l'acqua piovana, di non aprire una nuova finestra nel proprio muro, e simili, poichè non è già detto ai §§ 475, 476 e 477 che possano venir costituite sóltanto le servitù annoverate in questi paragrafi, ma il nostro legislatore ha espresso anzi chiaramente, che possa costituirsi qualunque altra servitù ancorchè non menzionata nella legge, esprimendo il § 475: *le servitù urbane sono d'ordinario ecc.*; più avanti, *con queste e simili servitù urbane*; indi il § 477, *le principali servitù rustihe sono ecc.* Per ciò che concerne le professioni,

(*a*) Il diritto romano è in ciò affatto d'accordo (L. 7 D. *de* S. P. U.), anzi colui il quale concedeva la servitù di non fabbricare più in alto, era persino autorizzato a coltivare sopra il suo edifizio delle piante ortensi, e togliere così la luce ed il prospetto, L. 12 D. *de* S. P U. Manzio *in bibliotheca aurea* l. 2 § 69 *de* S. P. U. indica contemporaneamente per causa legale, *quimvis enim arborem ponenda luminibus officiat, non tamen officit altius aedificando.*

od arti, il di cui esercizio cagiona strépito, fumo, e puzza, provvedono veramente le leggi politiche onde vengano esercitate o nelle contrade appositamente destinate a questi rami d' industria, od in altri luoghi remoti; ma col crescere della popolazione in una città estesa, non possono già venir confinati negli angoli più lontani della medesima tutti gli artisti di questo genere, massime quelli, de' quali si abbisogna giornalmente, p. e. i fabbri, i maniscalchi, a meno che non si voglia far perdere la comodità ad una parte ragguardevole di abitanti. Deve alcerto essere cosa sommamente disgustosa pei vicini, in mezzo ai quali trovasi una officina che fa strepito, e tramanda un vapore di carbone, od altro, qualunque sia l'angolo della città in cui è situata, mentre essa interromperà sempre anche a finestre chiuse, la quiete da ognuno cotanto apprezzata. Ma il proteggere i diritti di proprietà sul proprio fondo, è la condizione irremissibile d'un Codice, quando abbia da corrispondere alle aspettazioni del corpo dello stato fondate sopra le massime indistruttibili del diritto natutale. Soltanto delle importanti viste politiche possono costringere i privati a dei sacrifizi; ma essi che in virtù della legge hanno la facoltà d' intraprendere ciò che vogliono biasimare al vicino, hanno da riflettere, che se la legislazione politica avesse da occuparsi onde riparare a tutto ciò ch' è loro increscevole, o gravoso dovrebbe frapporre degli ostacoli all' esercizio di molti rami d' industria, e ciò anzi con pregiudizio della co-

modità degli avventori, e del prosperamento delle arti e dell'industria medesima. Dove potrebbe esercitar il suo mestiere, p. e. il falegname, il quale col suo piallare, il pellicciajo col battere le sue pelliccerie, molestano non poco, e dove potrebbe istituirsi lo stesso amatore della musica, ed esercitarsi nei suoi progressi? Imperocchè i tocchi falsi sopra un violino feriscono assai più sensibilmente l'orecchio, che non i misurati colpi di martello sopra l'incudine.

Con queste asserzioni contrasta apertamente, come alcuni credono, un assioma dei più importanti che nasce dalla vera idea d'una servitù; l'assioma cioè, che in forza del rispetto dovuto ad ogni proprietario, debbasi considerare come sfera de' suoi diritti l'intera periferia del raggio d'aria perpendicolare al suo fondo. Noi dunque, secondo la loro opinione, non possiamo farvi passare nulla dal nostro, nè tampoco la nostra acqua, o qualsivoglia altra cosa; poichè se ce lo permettessimo, sarebbe lo stesso che arrogarci un esercizio nella sfera altrui, e pretenderne la tolleranza. Questo caso verificasi pienamente come molti asseriscono, allorchè nella propria casa s'intraprende un mestiere, l'esercizio del quale è inseparabile da strepito, da diffusione di fumo, e di cattivo odore, poichè in tal guisa si vien a pretendere dai vicini ed a costringerli a ricevere nel loro raggio d'aria il cagionato rumore, cui non si può metter limite, non che il vapore del carbone, od altro ributtante odore, e s'impone loro perfino l'obbligo morale di tener chiuse le finestre onde pre-

servarsi da ingrate sensazioni, di maniera che un tal proprietario viene manifestamente a spiegare verso dei suoi vicini questo linguaggio: *Voi siete obbligati a tollerare il rimbombo del mio martello e l'odore spiacevole ch' io diffondo col mio esercizio*, oppure, ciò ch' è lo stesso, *il vostro fondo è in mio favore soggetto a servitù per cui dovete ciò ch' io cagiono su di esso.*

Ma è facile il trovare la fallacia di questa conseguenza. È vero che l' indole caratteristica d' una servitù consiste nell' esercizio dall' una, e nella tolleranza dall' altra parte (§ 472), però l' esercizio deve effettuarsi immediatamente sopra il fondo del terzo o nel raggio d' aria (§§ 475, 477), ma non già sul nostro, mentre se siamo in quest' ultimo caso, non si pretende alcuna servitù (a) poichè noi usiamo della cosa nostra in forza del diritto di proprietà e della cosa altrui soltanto in forza d'una servitù. Ora quegli artisti non intraprendono già cosa alcuna sul fondo altrui, ma il tutto sul proprio, e in conseguenza è falso che nel proposto caso l' esercente pretenda dai vicini una tolleranza; mentre colla sua pretesa altro non vuole, se non ch' essi non lo impediscano nell' esercizio del suo diritto di proprietà, quindi che non si arroghino verun diritto proibitivo, vale a dire veruna servitù negativa.

È vero per altro che noi non possiamo far passare dal nostro fondo cosa alcuna in quello dell' altro. Ma il

(a) *Requiritur enim in servitute acquirenda factum ejus, qui sibi servitutem asserit, et patientia alterius, de cujus fundo servitute gravando agitur L. 2 C. de servit. acquir.*

senso da applicarsi a questo principio si è esclusivamente, che noi non possiamo attivare alcun'opera tale per cui venga dal nostro fondo diretta qualche cosa in quello del terzo in modo che non possa pervenire altrimenti che in quello, o nel suo raggio d'aria (§§ 475, 477), poichè allora soltanto noi sosteniamo che il fondo vicino sia serviente al nostro. Ma siamo fuori affatto del caso quando noi intraprendiamo delle cose dentro i confini del nostro circolo, malgrado che cagionino strepito, fumo o fetore; poichè dov'è l'opera che debba spingere queste cose non altrove che nel fondo vicino? D'onde si potrà argomentare che dal canto nostro si pretenda che il vicino abbia da ricevere tali cose, che noi lasciamo in balia a sè stesse entro l'area nostra, senza curarci della direzione che possano ottenere dal giro del vento, ben contenti che il vicino non ne riceva nè punto nè poco, e le respinga a suo talento, avendo egli non pochi mezzi a sua disposizione per farlo? Manca dunque tutto ciò che possa caratterizzare una servitù; all'opposto noi non ravvisiamo in tutti i surriferiti casi se non che il proprietario che agisce dentro i confini del suo suolo. Non si può negare che quest'attività ci riesca sotto diversi rapporti gravosa, ma non è da dimenticarsi che l'unico mezzo per impedire al proprietario la libertà delle sue azioni, consiste nella costituzione d'un diritto proibitivo, e in conseguenza d'una servitù negativa (§ 476), e che il legislatore non vede ragioni onde ristringere il diritto naturale di liberamente disporre della proprietà, principalmente perchè desso dovrebbe venire

circoscritto in tutte le parti, qualora si dovesse soddisfare ad ogni richiesta di allontanar tutto ciò che potesse spiacere al vicinato. In tal caso dovrebbero p. e. essere collocati altrove tutti i cammini, molti anzi distrutti affatto, poichè i vicini, massime oggigiorno vengono assai molestati dal fumo di carbon fossile pregno di zolfo; non si potrebbe quasi parlar ad alta voce, tener cani, spaccar legne, nè guardare dalla propria finestra nella corte del vicino, poichè ogni strepito interrompe la quiete, e gli sguardi non di rado disturbano i terzi nelle loro faccende domestiche. Altronde cadaun vicino deve riflettere che gli compete verso di quello stesso diritto, che noi usiamo contro di lui, imperciocchè s' egli o i suoi posteri volessero intraprendere consimili esercizii, verrà loro ugualmente permesso. Ch' egli consideri che gli esercenti in rami di industria inseparabili da fumo, da strepito, e da cattivo odore, procurano in parte a lui medesimo, ed ai suoi concittadini varj articoli di necessità, in parte promovono ciò ch' è utile e dilettevole, nonchè il lusso il quale anima principalmente la classe della gente d' industria. Ma e dovrebbe la legislazione confinare fuori delle mura delle città tutti questi artisti? Certamente che ciò, oltre all' essere una misura impolitica, sarebbe altresì un' aperta lesione all' innato diritto di poter intraprendere qualsivoglia lecita operazione. Nella Monarchia Austriaca è riservato unicamente all' autorità politica locale il determinare i luoghi ove si possano esercitare simili mestieri, ritenuto però, che in virtù del-

le leggi non si potessero esercitare ovunque; e qualora l'autorità politica avesse stabilite le località in discorso, il vicino non sarebbe in facoltà di spiegare veruna azione contraria avanti al giudice, tampoco come non lo è riguardo ad un edifizio per esso dannoso, e sarebbe al più autorizzato a presentare un ricorso alla più prossima autorità politica superiore, cioè nelle città provinciali, alle delegazioni, nella capitale, al governo, ma ciò sempre nell'ipotesi, che sottentrino realmente delle viste politiche contro la concessione del destinato luogo. Il giudice non potrà assolutamente proteggerlo, poichè il Codice il quale deve servire di unica base alle sue decisioni non circoscrive in alcun luogo il proprietario a non esercitare un'arte che cagioni strepito, od a far salire pel suo cammino qualunque specie di fumo. I cittadini debbono quindi essere mantenuti in questa libertà nazionale, e tanto più anzi riguardo al fumo, in quantochè il § 475 dichiara per una servitù il passaggio del fumo solo allorquando viene introdotto immediatamente nel cammino di un terzo. È dunque lecito farlo ascendere; nulla importa se spinto esso da vento contrario vada o no a molestare il vicino, mentre, siccome anche il suo fumo può cagionare lo stesso disgusto, nasce un gravame generale per parte degli abitanti il quale per ciò si compensa da sè medesimo a vicenda. Chi non vuol sentir rumore, nè venir molestato da fumo o da odore ingrato, si allontani, o si rinchiuda, poichè sostenendo egli che colui il quale col martello, od altri

colpi cagiona romore, o col fuoco, fumo, e puzza, si arroghi una servitù in suo pregiudizio, non verrà tampoco ascoltato, come se volesse considerarsi soggetto a servitù perchè taluno lo guardi dalle proprie finestre nel suo cortile, o nelle sue stanze (*b*).

Art. XLIX. 3.° È fuor di dubbio che mediante lo scavo d'un pozzo o con altre opere eseguite sul nostro fondo, si possano tagliare le vene dell'acqua al fonte del vicino; poichè il nostro diritto di proprietà non estendesi assolutamente soltanto alla superficie della terra, ma ben'anche all'interno del suolo; ed a tutto ciò che ivi trovasi (§§ 1125, 1147) (*a*).

Il proprietario dev'essere quindi in facoltà di profittare dell'acqua, che trovasi nel suo fondo, essendo pur questa proprietà sua. Il vicino avrà tanto meno motivo per muovere querela di essere leso in qualche suo diritto, mentre il proprietario si valse dell'acqua esistente sotto la sua superficie soltanto in forza della

(*b*) Alcuni civilisti come p. e. Cujaccio, sono d' avviso che il diritto d'impedir, che il vicino in qualsivoglia modo ci guardi, sia un diritto della libertà naturale; essi citano veramente la sentenza di Zenocrate, essere a noi molesto ugualmente se il vicino introduca nell'area nostra i suoi sguardi, o il suo piede. Ma questo genere di linguaggio può ben usarsi da un moralista, mai da un giureconsulto; poichè soltanto il piede tocca materialmente l' area nostra, il di cui ingresso siamo quindi autorizzati a respingere.

(*a*) Tuttavia sempre con riguardo alle leggi politiche delle singole provincie. Così p. e. in Boemia è libero a ciascuno l'escavare anche i metalli nobili. V. il mio Commentario volume I, pag. 11, nota *a*.

libertà naturale, non in forza d'una servitù da noi acquistata. Imperocchè egli non ha intrapreso nulla sul nostro fondo, nè ha fatto venir l'acqua dal medesimo, con che soltanto si può fondare la servitù dell'acquidotto (§§ 477, 490, 491, 497), ma profittò unicamente di quell'acqua che scorreva pel suo fondo, seguendo le vene sotterranee create dalla natura.

Se si è in diritto d'erigere sulla propria superficie una fabbrica che tolga al vicino luce, prospetto ed aria; cosa potrebbe impedirci d'intraprendere un'opera sotterra, colla quale venisse levata l'acqua al vicino? Nel primo caso noi possiamo col nuovo edifizio cogliere quei raggi della luce, che prima, passando pel nostro raggio d'aria, giungevano al vicino fondo; per qual motivo non avrebbe a competerci lo stesso diritto rispetto all'acqua sotterranea che scorre pel fondo nostro? (b)

Art. L. Ma e possiamo noi scavare un pozzo anche

(b) *Dum in domo mea puteum aperio, quo aperto, venae putei tui praecisae sunt, Trebatius ait non teneri me damni infecti, nequae enim existimari, operis mei vitio damnum tibi dari in ea re, in quâ jure meo usus sum*, L. 24 § 12 *D. de damno infecto*. L'escavazione d'un pozzo sul proprio fondo, a malgrado che venisse derivata l'acqua del vicino, non può vietarsi al proprietario, a meno che il primo non abbia ottenuto alcun particolare diritto proibitivo. Non si può scavar un nuovo pozzo dentro lo spazio di tre piedi dal confine del vicino, Cod. pruss., part. I, tit. 8, §§ 130, 131. Secondo il Cod. francese si è obbligati a lasciar lo spazio intermedio stabilito dalle prescrizioni locali o dalla consuetudine. (art. 674.)

nell' estrema linea del nostro fondo? Non determinando la legge alcuna distanza, pare assolutamente che ci possa competere questo diritto. Siccome però nell'escavare un pozzo, ancorchè s'impiegasse ogni possibile avvertenza, cade sempre qualche poco di terra, e mancandosi poi della dovuta precauzione, presto o tardi ne potrebbe cadere in maggior quantità; così il vicino ha diritto d'instare onde noi osserviamo una distanza tale che a giudizio dei periti non faccia temere per lui alcun pericolo, poichè secondo il disposto dal § 340 il possessore d'una cosa immobile ha diritto di domandare il divieto della costruzione d'un edifizio, qualora egli corresse pericolo d'essere pregiudicato nei suoi diritti; a un tale principio sono pure analoghi i §§. 343 e 855: a tenore del primo si può fare perfino giudiziale istanza riguardo ad un edifizio già esistente, od altra cosa di pertinenza altrui, la quale minacciasse rovina, e facesse temer danno; a tenore dell' altro §, non si può con qualunque siasi opera esporre a pericolo ne anche un fondo comune, quindi tanto meno quello di assoluta proprietà d'un terzo.

Sì fatta restrizione dev'essere in generale estesa alla costruzione d'ogni genere di nuovi edifizii. Noi possiamo in conseguenza intraprendere un'opera sopra l'estremo nostro confine solo allorquando sia rimossa ogni lesione della proprietà del vicino. Non vi deve in conseguenza, p. e. nell'escavazione d'un pozzo, essere pericolo che precipiti terra di ra-

gione dei vicini; si deve collocare il tetto in modo che nulla dall'acqua piovana possa cadere sul fondo altrui, e la fabbrica dev'essere terminata, senzachè i muratori passino sopra il fondo dei vicini, e senza che l'armatura sporgasi nello spazio d'area dei medesimi. Imperciocchè con tutti questi fatti si verrebbe ad arrogarsi un diritto entro la sfera dei diritti altrui, e con ciò una temporaria servitù, essendo il vicino proprietario non solamente del suo fondo, ma eziandio di tutto il raggio d'aria in linea perpendicolare al fondo medesimo (§ 297), ed è perciò che il § 475 dichiara per una servitù il diritto di fabbricare un tetto o un verone che sporga in fuori nello spazio d'aria del vicino, e che il § 422 ci autorizza a tagliare i rami d'albero pendenti nello spazio dell'aria che sovrasta al nostro fondo od a trarne qualunque altro vantaggio. Da ciò ne viene, che quantunque la legge non determini alcuna distanza, nell'intraprendimento d'un opera, nulla meno nella più parte dei casi se ne deve osservare una or maggiore or minore, secondo che lo richiede il dovere di rimovere ogni lesione di proprietà nella sfera dei vicini, e che conseguentemente una tale distanza debba essere determinata dal giudice quando le parti non volessero combinarsi, previa ispezione col mezzo dei periti (§§ 187, 188) *Reg. giud. gen.* (trad. ital. §§ 249. 250.)

Art. LI. 4.° Si può dunque assolutamente trattenere per qualsivoglia scopo l'acqua piovana che si ra-

duna sul nostro fondo, la quale, come si è premesso, scorreva finora, in forza della sua posizione naturale liberamente nel fondo inferiore. Imperocchè ciò che si trova sul mio, è mia proprietà, ed ho in conseguenza il diritto di liberamente disporne. Una eccezione sarebbe, se noi avessimo accordato al vicino la servitù di non poter trattener l' acqua (*servitutem aquae non sistendae*). Qui però temo che si vorrà oppormi, che se l'acqua piovana, secondo la posizione naturale del terreno scorreva da tempo immemorabile dall'alto al basso, e il proprietario del fondo inferiore, come pure i suoi antenati usarono a memoria d' uomini dell'acqua per l'economia domestica, p. e. per irrigare il loro fondo, non possono più perdere l'acquistato diritto, poichè il possesso di trenta e quarant'anni, quindi a più forte ragione, il possesso immemorabile, fonda, a senso del § 1477, un titolo presunto, anzi un legale acquisto (*a*). Sebbene questa regola sia giusta, sarebbe tuttavia male applicata in questo caso; poichè è bensì vero che il proprietario del fondo inferiore possedeva l'acqua che colava nel suo fondo, ma è falsò ch'egli, riguardo al proprietario del fondo superiore, siasi trovato in possesso d'un diritto, il quale non poteva consistere che nella servitù dell'acquidotto. Onde poter provare questa circostanza, egli avrebbe dovuto far uso, co-

(*a*) *Ductus aquae, cujus origo memoriam excedit, jure constituti loco habetur L.* 3, § 4, *D. de aqua quotidiana et aestiva. Tempus immemoriale hinc habet vim tituli et privilegii.*

me si esprime il § 313; a proprio vantaggio della cosa appartenente al proprietario del fondo superiore col di lui consenso; locchè non si può asserire nel concreto caso, mentr' egli profittò d' un acqua libera già entrata nel suo fondo, e per conseguenza divenuta sua proprietà. Onde poter considerarsi possessore dell'acqua a fronte del proprietario superiore, avrebb' egli dovuto intraprendere qualche cosa nel fondo superiore, vale a dire aver esercitato una servitù d'acquidotto; avrebbe dovuto fare discendere l'acqua mediante un'opera da esso intrapresa nel fondo di sopra, ed in conseguenza a sue spese, come p. e. se avesse colà raccolta l'acqua, e derivata la medesima per mezzo di condotti, canali od altre opere a tal fine necessarie (§§ 490, 491, 497).

Ora, siccome io premetto che non abbia avuto luogo alcuno di questi fatti; ne viene ch'egli non si è servito di quell' acqua in virtù di un diritto ad esso appartenente verso il proprietario del fondo superiore, ciocchè sarebbe una servitù, ma bensì come di cosa abbandonata, in virtù della libertà naturale (§§ 380, 381) (*b*). E appunto per questa ragione anche

(*b*) *Dominus fundi inferioris oqua usus fuit non jure servitutis, sed jure focultatis tantum, quia oquam focta suo non duxit, et illa sine ejus industria et impensa per se fluxit.* Weitzenegger. Diss. 4, Cap. 5, num. 28, 29. *Requiritur enim in acquirenda servitute foctum ejus, qui sibi servitutem asserit, et patientio alterius, de cujus fundo servitute gravando agitur*; *arg. L.* 2, *C. de serv. et aqua*: *ut nimirum aqua ex alieno, vel per alienum ducatur*; *arg. L.* 1, *D. de serv. praed. rust.*

il proprietario del fondo di sopra non poteva risguardare quello del fondo di sotto rispetto a sè medesimo, come possessore dell'acqua; mentre come proprietario dell'acqua che trovavasi nel suo fondo era autorizzato a usarne o non usarne, oppure anche a non lasciarla scorrere (§ 362), senza perdere per ciò per l'avvenire il diritto di disporre altrimenti dell'acqua stessa, poichè il § 1459 ordina chiaramente: *I diritti che ha ciascuno sui fatti e sulle cose proprie, a cagion d'esempio, di far uso delle sue acque, non sono oggetti di prescrizione, eccettuato il caso in cui la legge col non uso di questi diritti continuato per un determinato tempo dichiari espressamente unita la perdita di essi. Se però alcuno proibisce ad un altro l'esercizio di questi diritti o ne lo impedisce il possesso del diritto di proibire da parte di uno contro la libertà dell'altro incomincia dal momento in cui l'altro si è acquietato alla proibizione o all'impedimento; ed in questo modo, se concorrono tutti gli altri requisiti, ha luogo la prescrizione o l'usucapione.* Nel supposto dunque che il proprietario inferiore non abbia mai proibito al superiore di raccogliere ed arrestar l'acqua, oppure se lo avesse fatto, che l'altro non siasi acquietato alla illegale proibizione, è manifesto che nulla può autorizzare il primo a vietare, che per l'avvenire sia trattenuta l'acqua. Del resto ciò che si è detto riguardo all'acqua piovana, vale anche non solamente rispetto all'acqua che nasce sul nostro fondo, ma eziandio

rispetto a quella che da un fondo situato superiormente passando pel nostro, scorresse al fondo vicino, senza che però il proprietario di quest'ultimo vi avesse minimamente cooperato; mentre, appena che l'acqua entra nel nostro fondo, essa diviene di nostra ragione, e noi possiamo per conseguenza disporne in qualsivoglia modo, del pari che del fondo medesimo (*a*).

Art. LII. Onde schiarire pienamente il diritto proibitivo che hanno per base le servitù negative, resta ancora a discutersi il problema, se il diritto proibitivo possa sussistere quand'anche non procuri alcun vantaggio a chi lo possiede? Non potendosi sciogliere perfettamente questo quesito, senza riferirsi al tempo stesso alle servitù affermative, io voglio esprimere il quesito più in generale e in questi termini: Se possa sussistere una servitù, la quale non è atta a produrre alcun utile all'acquirente, e passerò quindi all'ulteriore quesito, cosa sarebbe di ragione se la servitù ch'era dapprima utile, cambiatesi le circostanze, non offrisse più alcun vantaggio a chi vi ha diritto, o gli ridondasse fors'anche in pregiudizio?

Art. LIII. Il nostro legislatore ha pronunciato chiaramente che una servitù in generale, e per conseguenza anche un diritto proibitivo, che forma la sostanza di una servitù negativa, debba essere utile a chi l'acquista; il § 861 nel quale è sviluppata l'idea

(*a*) Vedi *Caspari Manzii bibliothecam auream de servit. praed. rust. tit.* 3, *Q.* 47, *n.* 236.

legale d'un contratto, premette espressamente, che la promessa di concedere, o di voler tralasciare qualche cosa, abbia luogo *in favore dell' accettante*, vale a dire onde procurargli un vantaggio. Egli è perciò che anche il deponente può chiedere la restituzione della cosa depositata ancor prima che sia spirato il termine convenuto (§ 962), e che il comodatario può restituire la cosa comodata anche prima del tempo stabilito (§ 977), e per la stessa ragione, niuno può di regola a senso del § 881 accettare per altri una promessa, eccettuati i casi determinati dalla legge, e se malgrado ciò egli l' avesse accettata, non ne risulterebbe ad esso nè al terzo verun diritto, perchè non istà nel suo interesse se venga o no prestata o concessa qualche cosa ad un terzo (*a*).

È quindi conseguente anche il § 472 il quale sviluppa l'idea della servitù in questo modo, che in forza di essa *un proprietario sia obbligato riguardo alla cosa sua di tollerare, o di non fare qualche cosa a vantaggio altrui*, per cui anche il § 473 dichiara per segno caratteristico d'una servitù la circo-

(*a*) Sarebbe però un'eccezione qualora coll' adempimento della promessa fosse combinato il suo interesse, come p. e., facendosi promettere da alcuno di dare ad un altro quei f. 100, che si debbono appunto pagare a quest' ultimo (§ 1403, oppure se si avesse dichiarato di essere mandatario, tutore o curatore od altro per una persona la quale è capace di acquistare diritti (§§ 1027, 228, 1203), essendo queste appunto le eccezioni alle quali si riferisce il succitato paragrafo.

stanza, *se il diritto è congiunto col possesso d' un fondo pel più vantaggioso* o *più comodo uso di esso.*

È dunque fuor di dubbio che il vantaggio di quegli, al quale è concessa la servitù, sia una condizione essenziale della medesima, e per questo motivo il divisato vantaggio è l' unico punto d' appoggio al quale il giudice deve rivolgere la sua attenzione; imperocchè *l' esercizio delle servitù dev' essere ristretto secondo il fine per cui furono costituite* (§ 484), *ed adattato all' uso necessario ed alle circostanze del luogo* (§ 495), *nè si può con esso eccedere il bisogno del fondo dominante* (§§ 497, 500). Se dal processo risultasse realmente che la costituita servitù non procura all' acquirente un vantaggio sotto verun aspetto, svanirebbe anche ogni norma, onde il giudice potesse determinare la misura del diritto di servitù, dal che verrebbe di necessaria conseguenza la perdita della lite per parte di chi pretendesse la servitù.

Art. LVI. Ma e di qual indole dev' essere questo vantaggio? Deve forse esser tale che accresca lo stato del nostro patrimonio e si manifesti all' atto stesso in cui viene costituita la servitù? La legge non richiede nè l' una nè l' altra circostanza; non la prima, poichè, come ho motivato all' art. XLIV, utile ci è anche ciò che serve alla nostra comodità, agli ornamenti, al piacere, alla ricreazione, ed a soddisfare il nostro genio per le arti, e per qualunque altra cosa di pregio ancorchè ideale, e in conseguenza fondato nella nostra immaginazione, ovvero ad alimentare la no-

stra fantasia, p. e. le figure dipinte, onde onorare la memoria degli estinti amici. Non è punto difficile il desumere dal Codice, fondato sopra basi tanto liberali, delle prove in appoggio di questo principio. Il solo § 17 ne offre già una prova infallibile, dicendo: *Tutto ciò ch'è conforme agl'innati diritti naturali, si avrà per sussistente sino a tanto che non venga provata una legale restrizione di questi diritti*; quindi ne viene, che siccome fra i diritti naturali è d'annoverarsi anche quello di servirsi della nostra proprietà ai surriferiti fini, oppure di farsi costituire dei diritti da chiunque, i quali corrispondano ai fini medesimi, così noi siamo a ciò autorizzati anche in linea civile, mentre da nessun passo si può minimamente inferire, che il nostro legislatore abbia voluto introdurre una restrizione di questo diritto naturale, anzi da molti passi di legge risulta manifestamente il contrario. Il § 285 dichiara per cosa, in senso legale, tutto ciò che serve all'uso dell'uomo, ed ottiene il carattere di cosa stimabile, tosto che il valore di essa può determinarsi in commercio pel confronto con altre (§ 303). È tutt'uno per consegnenza se il suo scopo sia soltanto, la voluttà e l'ornamento (§ 332) se il giuoco (§ 1272), oppure se sia propria a promovere ciò che diletta, p. e. la servitù in forza della quale non ci possa esser tolto il prospetto (§ 476). Egli è perciò che la legge rispetta fin anche una simile affezione speciale fondata soltanto sopra particolari relazioni, e sulle qualità accidentali

della cosa (§ 305); anzi la legge ripone un valore tanto grande negli effetti mobili che ricordano la memoria della famiglia, *che debbono essere conservati per uso del minore, sebbene tutto il resto che non potesse servire a di lui uso, nè essere impiegato a suo vantaggio, o che per disposizione del padre non fosse da conservarsi, debba essere veduto* (§ 231).

Secondo il nostro Codice è dunque incontrastabilmente vantaggioso tutto ciò che possa sotto qualsivoglia aspetto procurare il nostro giusto interessamento, e in conseguenza merita anche il nostro legislatore quella lode che il D. G. Hufeland nella sua opera intorno al vero spirito del diritto romano, Part. 2, Art. 2, pag. 91, tributa ai Romani; così egli si esprime: certamente essi vedevano molto, e sovente ciò che procurava vantaggio e profitto, che accresceva il valore od il prezzo dei beni, e in conseguenza ciò che ne aumentava la massa. La maggior parte dei diversi diritti avea naturalmente che fare con questi oggetti come suoi proprii, ma il confine dei diritti in generale non era dai Romani a ciò limitato. Essi conoscevano, e rispettavano, abbastanza i beni immateriali, intellettuali fondati nella semplice immaginazione, e che non offrivano una base onde essere valutati; essi tributavano all' intelletto, allo spirito, al genio dell' arte, al sentimento, all' inclinazione, agli affetti tutto ciò che loro competeva. Quindi riconoscevano come oggetto di diritto estimabile, non solamente ciò che procurava vantaggio, e produ-

ceva frutto, ma eziandio tutto ciò che potea aver un valore per lo spirito, e pel cuore. Queste cose non erano al certo *utiles* come quei beni, e non procacciavano un sì grande e sì pronto vantaggio; nulla meno si poteva dirne, *mea interest* (*a*).

(*a*) Veggansi le leggi citate nella nota *b* all'art. XLIV. Tuttavia ella è sempre stata una quistione tra i giureconsulti, se giusta il diritto romano abbiasi potuto costituire una servitù puramente pel diletto (*amoenitatis causa*). Due leggi danno motivo a questa dubbiezza, *L.* 8 *pr. de servit.* ov'è detto: *ut pomum decerpere liceat*, *ut spatiari ut coenare in alieno possimus*, *servitus imponi non potest*; indi L. 3 *de aqua quot*, *et aest.*, la quale all'opposto dice: *Hoc jure utimur*, *ut etiam non ad irrigandum*, *sed pecoris causa*, *vel amaenitatis aqua duci possit*; e così la L. 1, § 11, *eod. t. Illud quaeritur*, *utrum ea tantum aqua his interdictis contineatur*, *quae ad agrum irrigandum pertinet*, *an vero omnis*, *etiam ea quae ad usum quoque et commodum nostrum? et hoc jure utimur ut haec quoque contineatur.* Dalla prima delle surriferite leggi si raccoglie, che non si possono costituire servitù pel mero diletto; le altre due parlano tutt'all'opposto. Noodt il quale cerca conciliare le contraddizioni più evidenti, sostiene *probabil.* L. 1, c. 2, 7 che la prima legge valga secondo lo stretto rigore dell'antico diritto; chè le altre due leggi invece valgano giusta l'equità recentemente introdotta dall'uso del foro. Molti giureconsulti, p. e. Thibaut nel suo saggio sopra singole parti della teoria del diritto Vol. I, sez. I, pag. 21, riprovano questo mezzo conciliativo ed asseriscono, che nè la legge 8, nè tampoco le altre leggi esprimano qualche cosa d'onde si possa desumere, che le servitù costituite *amaenitatis causa*, abbiano da essere prive d'effetto; che non si possa in conseguenza nè pure sostenere che quella legge contenga questo senso, principalmente essendo sempre stata in vigore la servitù; *ne prospectui officiatur*, il di cui scopo non può consistere che nel procurare l'amenità; che per ispiegare quindi giustamente quella legge, sia mestieri di ben ponderare la natura dei diritti in essa menzionati, dal che ne risulterà che lo

Da ciò dunque ne viene che presso di noi si può validamente costituire una servitù perfino anche nel caso in cui essa avesse a consistere nel promovere un interesse ideale del temporaneo possessore, come p. e. il desiderio di poter passeggiare nel fondo altrui, quand'anche la servitù fosse dispendiosa per l'acquirente, p. e. se si desiderasse *che il vicino permettesse di erigere un edifizio gottico sopra un ignudo colle a solo fine di procurarsi un delizioso prospetto da quella parte*, bastando che secondo il nostro modo di pensare possiamo esser autorizzati a dire *nostra interest*. A ciò dunque si opporrebbe indarno che lo spirito del nostro legislatore pronunci anzi eviden-

scopo di essa era pure quello di procurare l'amenità, non però del fondo dominante, ma bensì soltanto del voluttuoso proprietario, e siccome non è da supporsi che cadaun successore potrà essere ugualmente voluttuoso, quindi non venendo promosso con un tale diritto il vantaggio del fondo ma solamente quello del temporaneo possessore, (astrattamente dalla sua proprietà), che per giusta conseguenza anche quella legge vuole che non si costituisca un tale diritto come una servitù prediale, ma al più, nello stesso modo che l'usufrutto, come un diritto personale, mentre stando a rigore la servitù reale, siccome in essa un fondo serve non ad una persona, ma ad un altro fondo, deve promovere il vantaggio del fondo, e non semplicemente quello del possessore; L. 4, 5, 6, 24, 29, 33, § 1 D. de S. P. R. Non si può dunque porre in dubbio che in addietro si potevano costituire le servitù per amenità solo allorquando vi guadagnava anche il fondo dominante come p. e. coll'introduzione d'un rivo, o con un prospetto piacevole; ma non quando veniva procurato soltanto un accidentale interesse del possessore, come sarebbe s'egli si avesse fatto costituire il diritto di passeggiare per diporto sul fondo altrui, di raccoglier frutta, o di potervi cenare.

temente, che un conceduto diritto, il quale non promova il vantaggio del fondo, ma il solo interesse del possessore, si estingua colla di lui morte, e che in conseguenza nol si possa considerare come una servitù prediale, perchè il § 473 dice espressamente, *se il diritto di servitù è congiunto col possesso d' un fondo pel più vantaggioso o più comodo uso di esso, si ha una servitù prediale, in diverso caso la servitù è personale.* Il legislatore voleva con ciò indicare soltanto la forma ordinaria naturale, sotto cui si possono di regola costituire le servitù, senza voler per questo por limiti ad eccezioni che si potessero stabilire, imperocchè nel § 472 viene determinata l'idea di una servitù in generale in questo modo: *ch' essa sia un diritto in forza del quale il proprietario è obbligato riguardo alla cosa sua di tollerare o di non fare qualche cosa a vantaggio altrui.* È dunque lo stesso se la servitù procuri il vantaggio del fondo dominante, oppure solamente un accidentale interesse del proprietario, poichè il § non circoscrive già l'idea della servitù al primo vantaggio, e non è in conseguenza da supporsi, che il legislatore nel consecutivo § 473 abbia voluto stabilire questa restrizione, tanto più ch' egli nei successivi paragrafi pronuncia chiaramente, che si possa conchiudere un contratto diverso da quanto portano seco le naturali qualità d' una servitù; al § 479 è detto in generale, che possa aver luogo un contratto contrario all' indole delle servitù, e vi è

annessa soltanto la restrizione, *che simili eccezioni non si presumono, ma debbono provarsi da chi le pretende.* E per questa ragione dichiara il § stesso, *che può avvenire che le servitù per se stesse prediali siano concedute alla sola persona, o che le concessioni le quali hanno il carattere ordinario delle servitù siano soltanto precarie*; ed a senso del § 529 tutte le servitù personali possono in generale essere estese anche a favore degli eredi e successori (*b*). Nella nostra legislazione sparisce anzi ogni motivo onde negare, ad esempio de' Romani, protezione alle servitù non ordinarie, vale a dire a quelle che contengono qualche cosa di contrario alla loro indole naturale, mentre noi abbiamo i libri pubblici, che non erano conosciuti dai Romani, quindi è in facoltà d'ognuno esaminare i libri stessi, onde verificare i pesi ad esse inerenti; nè si avrà quindi motivo d'aggravarsi, d'aver dovuto assumere una servitù, della quale non si poteva supporre l'esistenza (§ 443). Per conoscere se la continuazione della servitù tenda realmente solo all'interesse di chi l'ha acquistata, e non anche a quello de' suoi successori, dipenderà dal vedere se questi ne continuino l'uso o no. In quest'ultimo caso la parte obbligata si libera dalla servitù col non uso di trent'anni (§ 1479). Del resto poi è innegabile secondo lo spirito dei surriferiti paragrafi, che un concesso diritto il quale non promova il vantaggio o l'amenità

(*b*) Vedi il 1.° Vol. del mio Commentario § 6, Art. 15.

del fondo stesso, ma soltanto l'interesse individuale del possessore, è da considerarsi per un diritto personale sin a tanto che non sia provato che questo diritto sia stato espressamente esteso anche a favore dei successori.

In quanto al secondo quesito se l'utile debba essere di natura tale da manifestarsi all'atto medesimo in cui viene costituita la servitù, è d'uopo rispondere negativamente, mentre si può farsi costituire un diritto senza condizioni, come pure sotto condizione a nostro riguardo sino a un determinato ed anche indeterminato tempo (§§ 897, 704, 706, 900). Per questa ragione noi possiamo p. e. farci promettere da un padrone di casa di poter immettere una trave, o la servitù ch'egli non possa erger più in alto il suo edifizio riguardo ad una casa contigua che ancor non ci appartenga, per il caso che avessimo a farne la compra, e appunto per questo si può validamente trasmettere anche ai successori non ancor nati l'usufrutto, la proprietà piena e meno piena d'una cosa (§§ 529 . . . . 619) (c).

(c) Secondo le massime dei Romani una servitù, per la sua indole naturale, non poteva venir costituita sopra un fondo nè a tempo indeterminato, nè cominciando da una data certa, nè finalmente sotto veruna condizione: nella leg. 4, *de serv.* è detto: *Servitutes ipso quidem jure neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem. (verbi gratia, quam diu volam) constitui possunt.* Il Dott. Zaccaria nella sua dottrina delle servitù reali nel magazzino di Hugo vol 2, pag. 350 ne allega quale motivo, che in tutti i menzionati casi non sarebbe già il fondo, ma

Art. LV. Cosa sarebbe dunque di ragione se la costituita servitù, giusta l'asserzione della parte obbligata non potesse procurare all'acquirente, sotto verun rapporto, alcun vantaggio? Distinguo; se si tratta d'una servitù affermativa, premesso che non osti all'esercizio dell'accordato diritto la legale possibilità della prestazione (§ 878), ritengo che la parte soggetta alla servitù non possa pretendere la cessazione d'un diritto effettivamente in esercizio, sotto pretesto che manchi alla servitù la condizione legale dell'utilità; poichè il § 484 stabilisce senza restrizione la massima, *che il possessore del fondo dominante possa esercitare a suo grado il proprio diritto*, e

bensì la persona del proprietario quel subietto cui sarebbe inerente la servitù, ciocchè però contrasta coll'idea della medesima. Ma siccome quella legge prosegue: *sed tamen, si haec adjiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurretur contra placita servitutem vindicanti*, ne risulta che un tale contratto poteva tuttavia venir sostenuto da una eccezione, e che in conseguenza produceva i dovuti effetti. Trattasi dunque solo d'una sottigliezza, che vuolsi per altro giustificare dicendo, che stante la strettissima definizione dell'idea naturale delle servitù, per giusta conseguenza non ne poteva derivare alcun'azione, ma bensì, al più, una eccezione, per il caso che colui il quale aveva il diritto volesse eccedere i limiti del contratto, e far quindi valere un più esteso diritto, di quello che gli competesse in forza del restrittivo contratto. Il nostro Codice ha sbandito tutto ciò che possa appartenere alla sfera delle sottigliezze mediante pure massime naturali, ed accorda all'appoggio d'ogni legale contratto un'azione onde sostenere il costituito diritto, ed una eccezione per licenziare la parte che pretendesse qualche cosa contro il tenor del contratto.

se l'acquirente fa uso del conferitogli diritto, egli dà a divedere in modo un dubbio, che esso ha per lui un valore, ancorchè immaginario, per cui svanisce ogni fondamento che possa autorizzare la parte obbligata a revocare il conceduto diritto (§ 1444).

Nel caso che l'esercizio del diritto non avesse per chi lo possiede neanche un vantaggio ideale, e gli cagionasse anzi una spesa inutile e pregiudiziosa, il di lui stesso interesse lo farà senza dubbio cessare da sè. La parte obbligata non avrà in conseguenza motivo di pentirsi dell'accordato diritto, anzi, in ogni evento, non venendone fatto uso per lo spazio di trent'anni (§ 1478), e se dessa si valesse del diritto proibitivo, e che dentro i tre prossimi anni non ne venisse fatto alcun uso (ciocchè però nel supposto caso dovrà attendersi) essa verrà anche in questo breve periodo liberata onninamente dalla servitù (§§ 351, 1488); in nissun caso sarà però autorizzato il giudice, prima che spiri il termine della prescrizione, a giudicare se il diritto del quale fa realmente uso chi lo possiede, gli sia utile o no; poichè ov'è quella legge che proibisca a un uomo di pascere con un'azione lecita la sua vanità? E quand'anche venisse emanata una legge simile, come si potrebbe mai immaginarne l'applicabilità, mentre mancherebbe sempre al giudice, come ho provato agli art. XLIV, e LIV il criterio per poter dichiarare che un'azione intrapresa da un uomo il quale vi ha diritto, sia per esso inutile.

Art. LVI. All'opposto se si tratta d'una servitù ne-

gativa, il criterio può benissimo determinare con sicurezza se l'accordato diritto negativo sia realmente privo di ogni specie di vantaggio. Imperocchè siccome nella servitù negativa la parte che promette viene obbligata semplicemente a tralasciare qualche cosa, e quella che acquista non viene già autorizzata, come in una servitù affermativa, ad un esercizio in cui essa può, secondo la propria immaginazione, allegare di rinvenire un vantaggio, così si può senz'altro desumere dalle circostanze se il conceduto diritto negativo procuri effettivamente qualche vantaggio, come p. e. se taluno promettesse di non coltivare il proprio campo, di non pescare nel proprio stagno, o di non prevalersi della propria biblioteca, senz'accordare contemporaneamente ad un altro il diritto d'usare del fondo, della peschiera, o della biblioteca, o qualsivoglia altro vantaggio. In questo ed altri consimili casi, il contratto, mancando evidentemente la condizione legale dell'utilità, è da considerarsi come privo d'effetto, e la promessa omissione può quindi essere, senza responsabilità, preterita. E come non potrebbe esserlo, se l'avversario, come suppongo, non può provare sotto verun aspetto, che l'omissione della cosa lo interessi, o che col preterire il vietato diritto viene ad essere danneggiato, e che perciò non può certo verificarsi il caso d'un'azione d'indennità, perchè la condizione essenziale di quest'azione è il danno realmente comprovato (§ 1293). Siccome dunque chi ha in tal modo fatta una promessa, può mancarvi sem-

pre senza responsabilità, risulta al tempo stesso ch'egli ha conchiuso un contratto senza effetto.

Art. LVII. Ma la mia asserzione che un diritto proibitivo non vantaggioso sia privo d'effetto, viene dal § 525 elevata sopra ogni dubbio. Imperocchè, siccome a senso del medesimo, nel caso *che perisca il fondo dominante, s' interrompe la servitù*, *nè riacquista il suo precedente vigore fin a tanto che l' edifizio non sia restituito allo stato primiero*, così è manifesto che il padrone dell'edifizio serviente, a malgrado che siasi obbligato a non aprire nella sua parete finestre per aver prospetto, ed a non intraprendere cosa alcuna che possa togliere all'edifizio dominante il prospetto, la luce o l'aria, sarà tuttavia autorizzato, nel frattempo che non sia restituito allo stato primiero l' edifizio che gode del diritto della servitù, a giovarsi, ad onta dell' accordato diritto proibitivo, d'una finestra per aver prospetto, ovvero ad intraprendere tutto ciò che avrebbe tolto all' edifizio dominante, se non fosse perito, il prospetto, la luce o l' aria; mentre, giusta la disposizione del § 525, la costituita servitù è da considerarsi per quel frattempo come interrotta. Ma perchè? Per nissun' altra ragione se non perchè il vantaggio del proprietario del fondo dominante per questo frattempo non richiede, che venga omessa quest' o quella cosa, e in conseguenza intraprendendola, non si fa nulla contro la servitù, vale a dire in opposizione allo scopo pel quale venne costituita (§ 484). Ora, se si può intraprendere qual-

che cosa contraria all'accordato diritto proibitivo, a malgrado dell'espresso tenore letterale del contratto, perchè venne per un certo tempo interrotto il divisato vantaggio della costituzione, si potrà quindi per l'avvenire mancare al contratto, ogni qual volta sparisca per sempre il vantaggio, e in conseguenza anche nel caso in cui fosse stata costituita una servitù d'indole tale, che non avesse potuto neppure in origine procurare alcun vantaggio (*a*).

(*a*) Anche secondo il diritto romano, una servitù non può altrimenti sussistere quando non abbia per base un giusto interesse per parte di chi vi ha diritto, come se lo desume da molte leggi, p. e. L. 4, 5, 6, 24, 29, 34, § 1, D. de S. P. R. Il passo più importante trovasi nella legge 15. *D. de serv.* il quale si esprime in questi termini: *Quoties nec hominum, nec praediorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet: veluti ne per fundum tuum eas, aut tibi consistas, et ideo, si mihi concedas jus tibi non esse, fundo tuo uti, frui nihil agitur: aliter, si concedas mihi, jus tibi esse, in fundo aquam quaerere, minuenda aquae meae gratia.* Tuttavia ben di rado nel diritto romano havvi una legge, cui non se ne possa opporre un'altra; e qui pure si verifica il caso. La L. 19 *de serv.* dice: *ei fundo, quem quis vendat, servitutem imponi, etsi non utilis sit, posse existimo, veluti, si aquam alicui ducere non expediret, nihil hominus constitui ea servitus possit: quaedam enim habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt.* Non è questo il luogo per indicare i mezzi de' quali servonsi i giureconsulti onde conciliare queste due leggi; però il più evidente è quello indicato dal D. G. Hufeland nella sua opera intorno al vero spirito del diritto romano; Tit. 2, art. 2, pag. 89-98. Ho già motivato all'art. XLIV, che l'utile si distingue dall'interesse che può aver un uomo (*utile ab eo, quod interest*). Il primo è propriamente ciò che produce un effettivo aumento di patrimonio, vale

Art. LVIII. Ma se la promessa fosse congiunta col patto di pagare una multa pecuniaria pei casi in cui si avesse a mancarvi, si sarebbe forse obbligati a soddisfarla? Neppur questo, mentre dessa ha il carattere d'una prestazione accessoria (§ 912), che segue la natura dell'obbligazione principale, la quale è pure insussistente (*accessorium sequitur suum principale*). Vi si aggiunga l'espressa disposizione del § 1336, *che se i contraenti convengono che nel caso in cui la promessa non venga menomamente adempita, sia prestata in luogo della riparazione del danno una determinata quantità di danaro o di altra cosa*, *e se il debitore provasse che la pena*

a dire che accresce i prodotti, o il valore della cosa; all'opposto ci può interessare moltissimo una cosa quantunque non si verifichi nè l'una nè l'altra delle predette circostanze, p. e. se noi nutrissimo per qualche cosa una speciale affezione pelle sue qualità accidentali, nel qual caso noi forse non la daressimo pel centuplo valore, e fors'anche per nissun prezzo, come p. e. l'anello conjugale, ovvero, parlando di servitù la condotta d'un'acqua d'altrui ragione sul nostro fondo, ove formasse una cascata piacevole. Da ciò ne viene, che la parola *interesse* ha un senso assai più esteso che non la parola *utile*; ora siccome nella legge 15, parlasi del primo, nella 19 invece del secondo, per ciò è precisamente trovato il punto di conciliazione delle due leggi; la prima dichiara prive di effetto tutte le servitù, la sussistenza delle quali non possa interessare chi vi ha diritto; l'altra all'opposto dichiara che possa sussistere benissimo una servitù quand'anche non ci sia utile, vale a dire ancorchè non aumenti il prodotto, o il prezzo della cosa, nell'ipotesi però che secondo la prima legge sia supponibile il caso, che ci possa interessare che sussista la servitù per altri motivi non disapprovati dalla legge come si è motivato circa l'arquidotto.

convenzionale fosse eccedente, il giudice, sentite, ove occorra, esperte persone, debba moderarla. E quando si potrà risguardarla per eccedente? Siccome dessa viene applicata, a tenore del paragrafo predetto, in luogo della riparazione del danno, così è da dichiararsi eccedente, quando venga provato o che non derivò alcun danno, o per lo meno così tenue ch'esso, con riguardo al § 934, non ascenda alla metà del pattuito valore. Ora, siccome io premetto che risulti ad evidenza che l'inadempimento della promessa per mancanza d'utilità per l'altra parte, sia affatto innocuo, ne viene ch'essa ha indarno convenuta una somma a proprio risarcimento (*a*).

Art. LIX. Da questa esposizione risulta dunque ad evidenza, che la Legislazione Austriaca ha pure adottato il principio legale espressamente contenuto nel diritto romano, L. 15 *ff. de servitutibus* (*a*), *che il*

(*a*) Dallo spirito del § 1336 risulta in generale che non compete ai privati il farsi costituire un vero diritto punitivo. Questo è quindi assolutamente un diritto riservato alla sovranità. Allorchè dunque la pena pecuniaria convenuta pel caso d'inadempimento del contratto non ha per base alcun danno per l'altra parte, non si deve nemmeno soddisfarla, neanche nel caso in cui fosse da prestarsi ad uno stabilimento di pubblica beneficenza (§ 290); mentre, ciò che il contraente non può convenire a favore di sè medesimo, non può trasferirlo nè meno ad altri (§ 442).

(*a*) Veggasi nota (*a*) all'art. LVII. Faccio del resto osservare, che a parer mio, dalla L. 15 *de serv.* non risulta veruna altra prova, se non che possa bensì venir dichiarata nulla, (allegando che non abbia luogo alcun interesse) una servitù negativa, ma non una affermativa, e per conseguenza soltanto un conceduto diritto proibi-

contratto di non poter far uso della sua proprietà viene conchiuso senza effetto, qualora per parte dell' accettante non v' abbia un giusto interesse, e che lo ha eziandio distintamente pronunciato, avendo, come si dimostrò, stabilita in molti passi di legge la massima, che cadauna servitù debba essere vantaggiosa a chi vi ha diritto, e così ogni servitù prediale al fondo dominante, ciocchè porta seco anche l'idea d'un diritto in generale; per conseguenza siffatta qualità caratteristica emerge manifestamente da qualsivoglia servitù di cui sia fatta ovunque menzióne nel nostro Codice. Si esaminino soltanto le servitù urbane affermative menzionate al § 475, e quelle negative espresse al § 476, ed in particolare le servitù rustiche enumerate al § 477, l'indole delle quali è in istretta relazione col presente problema di diritto, vale a dire che il proprietario d'un fondo può bensì, rispetto all'uso della cosa sua, venir limitato, solo però in quanto venga concesso il diritto d'uso al proprietario

tivo, ma non anche un conceduto diritto d'esercizio, poichè tre esempj annessi a quella legge presuppongono espressamente un accordato diritto proibitivo. Nel caso che la parte usasse del suo diritto d'esercizio nella servitù, cosa potrebbe mai autorizzare il giudice ad asserire, che manchi realmente l'interesse? Si potrebbe rispondere a qualunque legge che venisse a ciò opposta in via d'obbjezione, che la nullità della servitù è da desumersi da tutt'altre basi, vale a dire da ciò che sebbene sussista un interesse, manca o il requisito necessario pella validità del contratto, cioè la possibilità legale dell'esercizio, oppure la *causa perpetua* voluta dai Romani.

d' un altro fondo. Non si può dunque all'appoggio di verun passo minimamente supporre, che possa sussistere un diritto di servitù, in forza di cui alcuno prometta di non voler far uso della cosa sua, senza accordare ad altri quell' uso ch' egli omette di fare. Può tantomeno aver luogo una supposizione di questa specie, poichè se tale fosse stata la mente del legislatore, per giusta conseguenza egli non avrebbe potuto omettere (nella stessa guisa che rispetto alle servitù urbane affermative, ha stabilito le negative ad esse opposte), di opporre alle servitù rustiche enumerate al § 477 per loro natura assolutamente affermative, consistenti nell' uso dell' altrui proprietà, quelle servitù negative che consistono nel tralasciato uso della cosa propria, p. e. di non prevalersi del bosco, del prato, della cava di pietre di propria ragione e simili, a misura ch' egli si avesse immaginato essere legalmente possibile la costituzione di quest' o quella servitù. Ma e come avrebb' egli potuto farlo senza cadere in contraddizione (*b*), se perfino le servitù che

(*b*) È fuor di quistione che si possano indicare alcune servitù negative opposte alle servitù rustiche menzionate al § 477, ma in tal caso o che sarà costituita piuttosto una servitù affermativa, oppure, se fosse negativa, una servitù tale, che procuri un effettivo vantaggio, in giusto senso, alla parte che vi ha diritto (art. LIII, LIV). Il primo caso si verificherebbe se venisse costituita una servitù in questi termini: tu non devi far uso alcuno dell' acqua del tuo stagno, o della tua cava di pietre, premesso, che ci competa le servitù di deviare l'acqua da quello stagno, o di cavar pietre da quella petriera, poichè un tale divieto tende unicamente a

hanno evidentemente di mira un vantaggio richiedono, secondo la natura e lo scopo della costituzione, un riguardo al bisogno del fondo dominante? (§§ 473, 474).

La saviezza del principio legale, che il contratto *di non poter far uso della nostra proprietà sia insussistente*, *quando per parte dell'accettante non v'abbia un giusto interesse*, è evidentissima; imperocchè sebbene i contratti debbano a buon diritto essere protetti dallo stato, ciò è da ritenersi soltanto riguardo a quelle convenzioni per le quali noi siamo in grado di soddisfare ad un giusto scopo, e di riportarne altresì un vantaggio, ma non già riguardo a quelle che, senza procurare a noi un vantaggio riconoscibile neppure secondo l'ordinario modo di pensare, cagionano all'altro un danno sensibile, e vengono per lo più combinate surrettiziamente o carpite in momento di bisogno colla mira di poter un giorno estorcere al terzo la sua proprietà, divenutagli ormai inutile, al di sotto del vero valore, le quali convenzioni alimentano altronde la voglia dei rigiri, spargono il seme della discordia fra i vicini, e spezzano i vincoli della società.

compiere il bisogno delle due servitù affermative già in vigore, o ad aumentare la massa degli oggetti finora goduti in quantità non sufficiente. Il secondo caso si verifica se p. e. venisse costituita la servitù: non devi pescare nel tuo rivo, che scorre pel mio fondo; tu non devi erigere sul tuo colle alcuna uccellaja, poichè il vantaggio ch'io cerco per tal mezzo di conseguire, è quello d'accrescere nel mio fondo la presa del pesce, e degli uccelli.

Art. LX. Qui però temo alcune obbjezioni, cioè:

1.° Che io desumo (art. LIII) principalmente dai §§ 484, 495, 497, e 500 la prova del teorema, *che non possa sussistere una servitù negativa, qualora non arrechi alcun vantaggio* alla parte che ne è in possesso, in tempo che questi §§ parlano dell'esercizio d'una servitù: e per conseguenza di servitù affermative, e non già di negative; poichè il padrone del fondo dominante soltanto nel primo caso si mantiene attivo rispetto al costituito diritto; nel secondo caso all'opposto tanto egli, quanto la parte obbligata, sono inattivi nel fondo serviente. Or dunque se soltanto i menzionati §§ valessero a stabilire una prova, non potrebbe essere che questa, cioè, che appunto contro la mia opinione, mancando il vantaggio, si estinguerebbe soltanto la servitù affermativa, giammai la negativa.

Io ho però fornite molte altre prove convincenti non desunte dai quattro §§ preaccennati. E sebbene sia vero che questi §§ trattano propriamente di servitù affermative, io sostengo nulla meno che la massima, la quale da essi traluce, *che il diritto della parte dominante si estenda fin dove lo richiede il suo vantaggio*, possa essere assolutamente estesa anche alle servitù negative, poichè il legislatore ha pronunciato ai §§ 472, e 473 la massima stessa riguardo *a tutte* le servitù. E sebbene nei successivi paragrafi l'abbia egli applicata soltanto alle servitù affermative, e non anche circostanziatamente alle negative, ciò avvenne, senza dubbio, solo per la ragione, che siccome le pri-

me consistono in un esercizio, la misura del quale dev' essere sempre limitata secondo lo scopo della costituzione (§ 484), così il nostro legislatore onde impedire che il giudice non ecceda troppo nella restrizione delle servitù affermative, ha dovuto imporre delle disposizioni più precise per cui egli, rispetto ad alcune più ordinarie servitù, ha determinata la misura della restrizione, e ciò appunto ai §§ 495, 497, e 500; per lo contrario nell' omissione d' una cosa non essendovi gradazioni, non era in conseguenza necessario che l' applicazione di quella massima alle servitù negative venisse trattata più in dettaglio. Del resto io non posso negare, che secondo lo spirito della legge, debbano essere senza effetto anche le servitù affermative, quando non offrano alcun vantaggio; io ritengo soltanto, che questa circostanza, di regola, non verrà mai provata (art. XLIV, LIV) (a).

Art. LXI. Un'altra obbjezione potrebbe essere la seguente:

2.° Come che mancano al giudice, rispetto alle servitù affermative, i dati caratteristici per giudicare

(a) Non sarà mai possibile, prendendo la cosa in istretto senso giuridico, e senza voler far luogo ad una eccezione, il provarlo, poichè il caso da me motivato all' art. LVII, in cui debbono considerarsi come non costituite anche le servitù affermative non utili, e come estinte quelle già in vigore, non è già da riguardarsi per una eccezione, perchè il fondamento di ciò non consiste tanto nella mancanza dell' utilità, quanto piuttosto nel difetto della possibilità della prestazione, quale requisito il più essenziale pella validità d'un contratto.

se siano alla parte, che ne è possesso, realmente inutili, gli manca ugualmente questo criterio rispetto alle servitù negative. Imperocchè, sebbene a prima vista sembri che certe servitù negative non possano procurare al dominante alcun vantaggio, se si esaminano attentamente le circostanze, e in particolare venendo interpellata la parte ch'è in possesso della servitù, la cosa si presenta sotto tutt'altro aspetto, p. e. io mi faccio costituire la servitù *altius non tollendi* rispetto ad una casa; in vicinanza della quale io non sono nè inquilino, nè proprietario di casa; oppure mi faccio promettere, riguardo ad uno spazio di terreno lontano alcune leghe dal luogo del mio domicilio di non erigervi alcuna fabbrica, e che l'albero che vi si trova debba essere conservato nello stato suo attuale.

In amendue i casi pare assolutamente che l' accordatomi diritto proibitivo non possa procurarmi vantaggio alcuno, e ciò nulla meno quest' esserzione sarebbe troppo precipitata; mentre nella conclusione del primo contratto, la mia intenzione poteva essere quella di comperare vicino alla casa serviente una casa contigua, e rispetto al secondo caso, io voleva forse festeggiare con ciò la memoria d' una persona che mi fu cara, p. e. della defunta mia sposa, colla quale io feci sotto quella pianta la prima conoscenza, quindi voleva che si conservasse quel luogo, per me sacro nello stato medesimo, onde la mia fantasia, qualora lo visitassi, mi richiamasse con colori tanto più

vivi la memoria di que'felici momenti che ho vissuto al di lei fianco.

Ora, non essendo il vantaggio d'una servitù limitato esclusivamente a ciò che accresce il patrimonio (art. LIV), ma potendo eziandio consistere nel promovere il piacere, p. e. la servitù dell'acquidotto, quando non abbia altro scopo che quello di formare una deliziosa caduta; oppur anche di soddisfare alla voglia di istruirsi, p. e. il godimento d'una biblioteca, d'un gabinetto numismatico, e perfino nel dar sfogo ad un mero fanatismo, come p. e. di poter erigere un monumento sepolcrale sopra un fondo altrui, e visitarlo; e siccome finalmente io posso in generale farmi costituire sopra il fondo d'un terzo tutti quei diritti, che sarei autorizzato ad esercitare nel mio, pare altresì, massimamente perchè non mancherebbe al certo mai alla parte dominante il mezzo di allegare qualche vantaggio, essere fuori di dubbio, che dovrebbe assolutamente mancare al giudice il criterio per asserire positivamente, che un diritto proibitivo non possa procacciare alcun vantaggio. Siffatta obbjezione è fondata sopra una serie di errori; imperocchè:

a) È manifesto che molte delle addotte ragioni militano apertamente solo per le servitù affermative, non già per le negative;

b) È falso, che si possa farsi costituire, a titolo di servitù, tutto ciò che si può intraprendere nella cosa propria; poichè, siccome una servitù dev'essere utile,

ne viene di conseguenza, che sebbene si possa distruggere la cosa propria, per esempio calpestare l'erba, e le biade di propria ragione, nulla meno il contratto con cui venisse concesso questo diritto sopra un fondo d'un terzo, sarebbe insussistente. Manca cioè in tal caso la morale possibilità della prestazione (§ 878), poichè a senso del § 501 , anche quando fosse stata legalmente costituita la servitù del diritto di pascolo, *non può giammai per l'oggetto della pastura essere impedita, o difficoltata la coltura ridotta a determinato metodo dai regolamenti politici.*

c) Sono anch' io egualmente d'avviso, che qualora l'acquirente della servitù avesse all'atto della costituzione manifestato i menzionati due fini, amendue le servitù sarebbero state al certo legalmente acquisite; ma se non fossero stati indicati , sostegno che nel primo caso possa venir alzata la casa, nel secondo, eretta qualsivoglia fabbrica sopra quello spazio di fondo, e atterrato l'albero, senza aver da temere d'esserne responsabile.

Art. LXII. Ma per giustificare questa asserzione è d'uopo discutere prima di tutto, se per costituire in valida forma una servitù, debba necessariamente venir espresso nel contratto lo scopo della costituzione? Siccome il § 484 dice , che le servitù debbano essere ristrette secondo il fine per cui furono costituite, pare che il quesito debba venir sciolto del tutto affermativamente. Ciò sarebbe tuttavia un errore; mentre il § 863 esprime chiaro , *la volontà si può*

13

dichiarare non solo espressamente con parole, e con segni universalmente ricevuti, ma tacitamente ancora con atti tali che, ponderate tutte le circostanze, non lasciano alcun ragionevole motivo di dubitarne, e siccome inoltre, appunto per ciò, se manca la precisa dichiarazione, convien determinare l'estensione dei diritti dall'oggetto, e dalla natura dell'affare (§§ 905, 1029, e 1212), dalla qualità delle circostanze (§ 607), e secondo l'intenzione che si manifesta dalle medesime (1113), resta propriamente a discutersi, se l'oggetto, la natura, e qualità di tutte le servitù rendano per sè medesime e sott'ogni rapporto tanto evidente lo scopo della loro costituzione, in guisa da non abbisognare sotto quest'aspetto di veruna dichiarazione per parte dei contraenti, oppure se non debbano piuttosto intervenirvi certe condizioni, all'appoggio delle quali unicamente possa venire riconosciuto lo scopo della costituzione. In questo particolare conviene distinguere le diverse qualità di servitù.

Art. LXIII. Molte non possono procurare alcun vantaggio, tranne il caso in cui ognuno dei contraenti possieda in proprietà un fondo contiguo. Di quest'indole sono le sei prime servitù urbane menzionate al § 475, rispetto alle quali però i fondi debbono essere anche limitrofi, poichè un fondo intermedio impedirebbe l'esercizio della servitù; amendue le parti contraenti debbono altronde essere proprietarie di questi fondi, perchè nissuno può fare e accettare una promessa per un altro (§ 881). All'opposto tutte le altre servitù

prediali sono di natura tale che d'ordinario possono venir costituite pel più vantaggioso uso d'un fondo, talvolta però anche a vantaggio d'una determinata persona, la quale non possiede in proprietà alcun fondo (§ 479).

Queste servitù si suddividono ancora in due qualità. Alcune, onde abbiano da procurare qualche vantaggio, richiedono che sia in nostro potere, se non come proprietarj assoluti, almeno come possessori, cioè o in qualità d'inquilini, di conduttori, o d'usufruttuarj un edifizio contiguo, e di quest'indole sono, oltre la settima servitù mentovata al § 475, anche le servitù urbane negative contenute nel § 476, come pure la servitù rustica *di deviare, e condurre l'acqua*, menzionata al § 477. Tutte le altre servitù rustiche possono benissimo sussistere, malgrado che non siamo nè proprietarj, nè possessori d'un fondo, e quand'anche avessimo stabilito il nostro domicilio lunge dal fondo serviente; imperciocchè siccome esse consistono o nel por piede in un fondo altrui, o nell'uso d'una cosa altrui, come sarebbe il diritto di pascolare, di tagliar legna, di cacciare, e di estrarre minerali (§ 477), esse assumono propriamente il carattere di servitù personale dell'uso, la quale per sua natura non richiede assolutamente, che la parte dominante sia un proprietario o possessore di un fondo limitrofo. Io dico *dell'uso*, e non *dell'usufrutto*, mentre venendo costituito un vero usufrutto del pascolo, del bosco, della caccia, e simili, la parte accettante acquista il diritto

all' intera sì ordinaria, che straordinaria rendita del pascolo, del bosco, della caccia ecc. (§ 511); se al contrario viene in generale accordata puramente la servitù del pascolo, o il diritto di tagliar legne, o della caccia, la parte dominante può esercitare questi diritti solo in quanto lo richieda il suo bisogno (§§ 504 e 505), senza però ch'essa sia autorizzata ad escludere dall' esercizio di quei diritti il proprietario del fondo serviente. La supposizione, che sia costituito soltanto un diritto d'uso, e non d' usufrutto, nasce dalla circostanza, che riguardo a quelle servitù, qualora vengano costituite a vantaggio d'un fondo, l' esercizio è in generale ristretto al bisogno del fondo dominante (§§ 473, 484, 505). Ma se vengono accordate senza riguardo ad un fondo, e in conseguenza solamente ad una persona (§ 473), ciò ch'è ammesso dal § 479, debbono essere ristrette al bisogno dell' acquirente, massime perchè nel dubbio si suppone sempre il minor grado di restrizione, e in conseguenza non già la costituzione dell'usufrutto, ma soltanto dell'uso (§§ 614, 915, 975, 1008).

Art. LXIV. Dietro questa discussione si può agevolmente sciogliere il proposto quesito, se nel contratto di costituzione d' una servitù debba essere espresso il fine per cui viene accordata. Venendo costituita una delle sei prime servitù enumerate al § 475, e che il dominante possieda uno stabile il quale confina coll'edifizio della parte obbligata, non occorre, nell'erigere il contratto, dichiarare il fine della

costituzione, mentre cadauna di quelle sei servitù contiene per la sua indole naturale dichiarata dal § 475 medesimo, il suo espresso scopo, e siccome i contraenti sono proprietarj di fondi limitrofi, risulta chiaramente anche l' intenzione per cui vengono costituite. Anzi, quand'anche nel contratto non fosse stata fatta veruna menzione del fondo vicino appartenente alla parte investita della servitù, ritenuto però che la parte la quale ha fatta la promessa non ignorasse essere l'accettante il possessore della vicina casa, l'accordato diritto varrebbe nulla meno non come una servitù personale, ma bensì come una prediale mentre, dichiarando il § 475 quei sei diritti per servitù prediali, che per loro natura passano a tutti i successori, nè possono finire che per essere totalmente perito uno dei fondi (§ 525), così questa massima deve spiegare tutta la sua efficacia, quando una di quelle servitù venga conceduta ad un proprietario di un fondo, poichè in tal caso sussistono tutte le condizioni volute dalla legge, ed il § 479 stabilisce la massima, che le eccezioni dall'indole d'una servitù non possono supporsi, ma che debbono venir provate da colui che le sostiene.

Art. LXV. Ma il motivo per cui le servitù urbane, e in generale tutte le servitù prediali menzionate nel Codice sono, di regola, giusta la disposizione del legislatore, ch'è quanto dire per loro natura (avendo la legislazione Austriaca attinto le sue massime dalla filosofia del diritto), considerate come diritti continuativi

e in conseguenza non limitati solamente alla sola persona dell'acquirente, nell'ipotesi per altro che amendue le parti posseggano un fondo limitrofo, sta nello scopo ch' emerge chiaramente dalla costituzione di simili servitù. Imperocchè se io costituisco al mio vicino un diritto, il quale promuove manifestamente non soltanto il suo interesse personale, o fondato unicamente sopra circostanze accidentali, ma ben anche il vantaggio del suo fondo, come p. e. la servitù di poter immettere una trave, di non erger più in alto la casa, il diritto di pascolo, ho già chiaramente espressa l'intenzione di voler costituire quel diritto non soltanto temporaneamente, ma sibbene a perpetuità. In questo caso è il vantaggio di quel fondo lo scopo della costituzione, scopo, che dura fin a tanto che sussiste il fondo dominante, cosicchè non si saprebbe veder ragione per cui il diritto avesse ad estinguersi prima, che perisse il fondo medesimo, poichè solo in questo caso sparisce il fine della costituzione, e in conseguenza anche allora soltanto può cessare tutto ciò che si fosse con essa stabilito. Un' altra circostanza è qui ancor di aggiugnersi rispetto alle sei prime servitù urbane, che non si può cominciarne l'esercizio, senza intraprendere una fabbrica per lo più assai dispendiosa, che non verrà certamente intrapresa da alcuno, se non colla mira che abbia da rimanere sempre in quello stato. E siccome questo riflesso non poteva sfuggire anche all' altra parte, ne viene che amendue i contraenti avevano lo scopo di fondare un diritto perpetuo (§ 863).

Ciò che ho qui sviluppato, abbraccia propriamente l'origine storica dell'idea inerente ad una servitù, mentre si è ponderato soltanto il fine che ha finora guidato gli uomini, stante il naturale rapporto in cui sta un fondo verso l'altro per la loro posizione, a costituire le servitù. La giurisprudenza la quale non crea nulla da sè medesima arbitrariamente e sviluppa soltanto gli oggetti che gli vengono forniti o dalle leggi positive, o dal consorzio civile, e che rispetto ai secondi esamina, sotto la costante guida dell'esperienza, la giusta possibilità, non che l'origine e la natura dei rapporti di diritto, ha adottato quell'idea storica per base della dottrina delle servitù, e ne ha dedotta un'idea fondamentale che domina tutta la dottrina delle medesime; cioè, che una servitù prediale (*servitus realis*) consiste nel diritto d'un fondo sopra un altro fondo (§ 473). Da ciò s'inferisce con ragione, che per la sussistenza d'una servitù debbonsi presupporre due fondi differenti, l'uno de' quali è il subbietto, l'altro l'oggetto del diritto, che è quanto dire, l'uno dominante, l'altro serviente (§ 474).

Stando bene attaccati a questo semplice principio, si può, all'appoggio di esso, sciogliere giustamente la maggior parte dei quesiti cadenti nella sfera della dottrina delle servitù. Ne risulta, p. e. la prova dell'asserzione, che una costituita servitù debba essere vantaggiosa al fondo dominante; poichè il fondo è appunto il subbietto, e l'idea del diritto reale porta già con sè ch' esso debba avere per iscopo il

vantaggio del subbjetto stesso. Ne deriva egualmente la prova, che una servitù prediale possa cessare soltanto quando perisca il fondo dominante, o serviente, poichè i conceduti diritti possono estinguersi soltanto col perire del subbjetto, e dell' oggetto (§§ 525, 1447), la prova inoltre che i diritti i quali non sono congiunti col vantaggio del fondo, e procurano solamente un accidentale interesse del possessore, non sono già servitù prediali, ma, di regola, soltanto diritti, personali, mentre in tal caso non si può già considerare il fondo come subbjetto del diritto, ma soltanto il temporaneo possessore. Avremo poi altre occasioni opportune ondè applicare questa massima giuridica.

Art. LXVI. Per ciò che concerne la seconda qualità di servitù, cioè la settima contemplata dal § 475, indi tutte quelle negative menzionate al § 476, come pure la servitù d' acquidotto espressa al § 477, 2, non occorre egualmente che venga dichiarato lo scopo della costituita servitù, nell'ipotesi, che colui il quale se la fa promettere, abbia in suo potere, sia in qualità di proprietario, o soltanto anche di possessore, un fondo limitrofo. Se ha luogo questa condizione, è pure manifesto anche l' utile che deriva da tutte queste servitù; la sola circostanza, se la parte avente il diritto tiene il fondo in qualità di proprietario, o di semplice possessore, fa nascere l' essenziale diversità, che se è proprietario, sarà eziandio autorizzato a pretendere la servitù come servitù prediale, cioè quale diritto perpetuo;

ma se fosse semplice possessore questa servitù, egualmente che il diritto alla medesima, sarà ristretto soltanto alla sua persona, e alla sola durata del suo possesso; imperocchè soltanto il primo caso ha per fondamento una causa perpetua, il secondo ne ha una semplicemente temporanea, e in conseguenza anche uno scopo affatto diverso.

Art. LXVII. E a malgrado che il possessore, dopo conchiuso il contratto, avesse ad acquistare il diritto di proprietà del fondo, questa circostanza non gli procurerebbe già il diritto d'un più esteso esercizio, e in conseguenza, nè meno un diritto ad una servitù prediale, perchè i contratti debbono sempre giudicarsi secondo il fine che ambo le parti mostrarono d'avere al momento della loro stipulazione. Dirò di più; quand'anche la parte accettante avesse già all'epoca stessa in cui venne conchiuso il contratto, acquistato la proprietà del fondo, che anteriormente teneva come semplice possessore, p. e. come inquilino o conduttore, ma avesse taciuta alla parte che fece la promessa, la circostanza dell'acquisto, essa non avrebbe, malgrado ciò, acquistato il diritto di servitù prediale, imperocchè la parte promettente ebbe riguardo soltanto al temporaneo possesso, per cui anche la durata del diritto devesi misurare sulla base del medesimo.

Ammetto per altro potersi, sebben di rado, immaginare il caso, che anche un semplice possessore possa farsi costituire la terza, e la quinta delle sei ser-

vitù annoverate al ♇ 475, nel supposto che la porzione d'edifizio ch'egli occupa, guadagni mediante l'apertura d'una finestra in luce ed in prospetto, o che il fumo del suo cammino possa farsi passare in quello del vicino. In tal caso si riterrà quanto si è discusso nell'articolo precedente riguardo alla seconda classe di servitù.

Art. LVIII. Per ciò che concerne la terza classe delle servitù, vale a dire quelle, che senza verun rapporto ad un fondo, possono offrire vantaggio, non è in verun caso necessario, all'atto della costituzione, di dichiarare il fine per cui vengono costituite, poichè desso risulta dall'intrinseca natura delle singole servitù, p. e. del diritto di pascolo, o di caccia. La circostanza però se la parte avente il diritto possieda in qualità di proprietario, o di possessore un fondo limitrofo destinato all'economia rurale, o che non ne posseda alcuno, potrà essenzialmente influire sulla durata della servitù; imperocchè nel primo caso sarà, pei motivi addotti all'articolo precedente, da considerarsi come un diritto perpetuo; nel secondo caso, dipenderà ugualmente, per le ragioni allegate all'anzidetto articolo, dalla causa temporanea del possesso, dalla longevità dell'acquirente; nell'ultimo caso poi rimarrà limitata alla sola persona dell'acquirente, e in conseguenza non passerà agli eredi.

Art. LXIX. Qui però, in quanto all'ultima proposizione, preveggo una obbjezione appoggiata al ♇ 918, il quale ordina espressamente, *che tutti i diritti e gli obblighi che nascono dai contratti passano agli eredi*;

dei contraenti, a meno che non siano fondati unicamente nelle relazioni, e qualità personali, o a meno che gli eredi non siano dallo stesso contratto o dalla legge eccettuati. Tuttavia io credo potermi riferire con ragione a leggi, le quali stabiliscono una eccezione; il § 473 dichiara positivamente, *che se il diritto di servitù è congiunto col possesso d' un fondo pel più vantaggioso o più comodo uso di esso, si ha una servitù prediale, in diverso caso la servitù è personale.* Chi dunque, senza possedere un fondo, si fa promettere una servitù, che per sua natura servitù prediale, non acquista che un diritto personale alla medesima, la qual massima è altresì confermata dal § 479. Il motivo filosofico di questa eccezione legale è, che il fondamento della costituzione d'una simile servitù consiste sempre nelle relazioni personali dell'acquirente, quindi questa eccezione è già compresa nello stesso § 918 (art. LXV).

Art. LXX. Da quanto si è fin qui discusso risulta che, di regola, si possono validamente costituire tutte le qualità di servitù, senza che sia per legge necessario d'esprimere nel contratto lo scopo della costituzione. Questa massima è tuttavia giusta, qualora chi ha il diritto, in quanto alle sei prime servitù menzionate al § 475, possieda un fondo limitrofo di propria ragione, e nel caso della settima, non che di tutte le altre servitù espresse al § 476, come pure della servitù d' acquidotto indicata all' art. 2.° del § 477, possieda un fondo limitrofo o

in qualità di proprietario, o di semplice possessore. Mancando questi requisiti, il contratto in forza di cui fosse stata costituita una o l'altra delle anzidette servitù, sarà senza effetto (a) eccettuato il caso in cui fosse stato indicato un fine tale, da cui apparisca che il vero interesse dell' acquirente ne richieda la costituzione; come p. e. se gli venisse accordata la servitù d'immettere una trave, perch'egli avesse intenzione di comperare l'edifizio contiguo, o pure gli venisse promessa la servitù di non fabbricare, essendo suo interesse, per le ragioni allegate all'art. LXI, di trovare un determinato spazio di terreno, se mai avesse a recarvisi, senza innovazione alcuna. Non vi è difficoltà per provare quest' asserzione; se si tratta delle sei prime servitù urbane annoverate al ℓ 475, non possono per loro natura esser utili ad alcuno, che

(a) Siccome il legislatore, com' egli stesso si esprime, annovera nei citati paragrafi soltanto le servitù ordinarie, passando sotto silenzio le meno ordinarie, così quanto si è detto rispetto alle prime, vale eziandio rispetto alle seconde; richiedesi però molta attenzione per istabilirne l'identità e per non collocare questa o quella in una classe alla quale non appartenga p. e. la servitù di poter introdurre un canale in quello d'un terzo, appartiene alla prima classe delle servitù, vale a dire a quelle che presuppongono un fondo proprio limitrofo; la servitù di non poter aprire una nuova finestra nel proprio muro, spetta alla seconda classe, la quale premette per lo meno il semplice possesso d'un edifizio limitrofo, e la servitù di poter tagliare verghe dai salici altrui, spetta alla classe terza, vale a dire a quelle servitù che possono essere utili senza verun rapporto ad un fondo.

non sia proprietario d' un edifizio limitrofo, poichè soltanto a questi è possibile d' imporre il peso del proprio edifizio sull' edifizio altrui, d' immettere una trave o travicello nel muro altrui; d' aprir finestra nell' altrui muro per aver luce o prospetto; di fabbricare un tetto, un verone che sporga in fuori nello spazio d' aria del vicino; di far passare il fumo del cammino del vicino, e di dirigere lo stillicidio sul fondo altrui. Per questo motivo le predette servitù vengono anche, in virtù della legge, dichiarate servitù prediali, anzi servitù urbane, vale a dire tali che competono al proprietario d'una casa sopra una casa vicina (§ 474).

Se dunque alcuno che non fosse vicino chiedesse da un proprietario di casa una di quelle sei servitù, questi non potrebbe che risguardare la cosa per uno scherzo per parte del primo, essendogli impossibile l' esercizio della medesima.

Nè potrà neanche essere ascoltato volendo egli asserire, che fu sua intenzione d'acquistare quei diritti in nome d' un vicino limitrofo, poichè il § 881 ha stabilita la massima, che tranne i casi determinati dalla legge, niuno può accettare per altri una promessa, e in conseguenza egli doveva sapere che per conchiudere un contratto valido, era obbligato a far conoscere alla parte promettente quello, o qualsivoglia altro scopo.

Comechè io ben so che sarei effettivamente obbligato, nel caso che la sua promessa venisse accettata per

altri da una terza persona, il di cui interesse fosse congiunto coll'adempimento della promessa, come p. e. se io prometto ad *A* di comperare da *B* per fiorini dieci mila, quella casa che *A*, secondo l' asserzione fattami, ha comperato pello stesso prezzo da *B.*, ch'egli però, *A*, non essendo in grado di procurarsi il danaro, dovrebbe pagare una multa di pentimento con due mila fiorini; e siccome all' opposto io so pure che a senso del ꝥ 881, non sarei obbligato a nulla, qualora promettessi ad *A*, nell' ipotesi ch'egli non mi abbia manifestato l' interesse che c' entra per conto suo, di far acquisto di quella casa da *B*, così questa massima legale dev'essere applicata anche alla promessa di una servitù, poichè le massime generali giuridiche, si estendono in tutta la loro efficacia a tutte le qualità di affari in materia di diritto, che non siano espressamente eccettuate.

Se dunque colui che promette una servitù, non può dalla dichiarazione dell' accettante o dallo scopo che chiaramente risulta dalle circostanze, al quale la legge attribuisce ugual forza della prima (ꝥ 863), desumere, come potrebbe procurargli qualche vantaggio una servitù, la quale può essere utile unicamente ai vicini, colla sua promessa egli non assunse al certo verun obbligo, e non ha intrapreso che un atto senza effetto, ch'egli è in conseguenza autorizzato a dichiarare per uno scherzo (ꝥꝥ 881, 869); l' altro invece che intendeva forse da vero d'acquistare la servitù, deve ascrivere a sè medesimo, se non ha espresso il suo vero

fine, oppur anche riflettere, che s'egli lo avesse realmente fatto conoscere, non avrebbe forse avuto luogo la promessa, poichè l'altra parte si sarebbe avveduta che si trattava di costituire effettivamente la servitù.

Se parliamo della seconda qualità di servitù, cioè della settima del § 475, e di tutte quelle del § 476, e della servitù d'acquidotto menzionata sotto l'art. 2 del § 477, non occorre provare per qual motivo, nel caso che la parte accettante non sia nè proprietario, nè semplice possessore d'un fondo vicino, debba essere espresso il fine dell'acquisto, poichè siccome queste servitù, quando non abbiano ad essere senza effetto, presuppongono pure necessariamente la prossimità, così debbonsi applicare anche alla seconda classe di servitù quasi tutte le ragioni addotte rispetto alle sei servitù preaccennate.

Art. LXXI. Di quale natura dovrà poi essere la prossimità dei fondi?

Debbono essere forse immediatamente contigui, e qualunque fondo posto frammezzo, annulla realmente la servitù? Essendo una condizione essenziale per costituire validamente una servitù, l'utile dell'acquirente (art. LI, LII, LXV), converrà vedere se un fondo intermedio faccia realmente perdere il vantaggio della servitù, o no; il fatto dipende poi dalla natura delle singole servitù. Come p. e. le cinque prime servitù urbane affermative menzionate al § 475, richiedono una immediata contiguità dei fondi (*requiritur contiguitas praediorum*) poichè altrimenti, co-

me si potrebbe imporre il peso d'un tetto nello spazio d'aria del vicino? Per ciò che concerne le altre servitù, un fondo situato frammezzo non pregiudica, di regola, alla servitù, ma basta la vicinanza (*sufficit vicinitas*), ritenuto sempre che non venga perciò tolto il divisato vantaggio. Io posso p. e., farmi costituire da un quarto vicino l'affermativa servitù dello stillicidio, potendo farmi accordare la stessa servitù dai possessori dei fondi intermedj; può inoltre procurarmi un essenziale vantaggio il diritto di pastura accordatomi sopra una prateria discosta alcune ore. Ma se un fondo situato frammezzo impedisce l'esercizio della servitù, anch'essa dovrà esser considerata come non costituita; p. e. se io concedo la servitù di non erger più in alto l'edifizio ad un proprietario di casa, il quale non sia in grado di vedere quella parte che avrei intenzione d'alzare, perchè una casa posta in mezzo impedisce il prospetto del mio edifizio medesimo. Del resto, sebbene noi possiamo farci costituire da un proprietario di casa la servitù di non erger più in alto l'edifizio, quantunque fra il suo, ed il nostro vi fossero delle altre case non soggette a servitù in nostro favore, dalle enunziate massime risulta nulla meno chiaramente, che se col tempo una o l'altra delle case intermedie venisse alzata in guisa da togliere il prospetto dell'edifizio a noi serviente, questo potrebbe senza altro venir portato a un grado tale d'altezza, che la nuova fabbrica non avesse però da presentarsi al nostro sguardo. Il motivo ne è, per-

chè hanno qui luogo le stesse circostanze, sotto le quali non avrebbe potuto venir costituita la servitù, e in generale, perchè a senso del § 484 la parte obbligata è in dovere di tralasciare soltanto tutto ciò che si oppone all'indole, ed al fine della costituzione. Ciò nulla meno, siccome quella servitù, in origine, venne fondata validamente, ne viene di naturale conseguenza, che se coll'andar del tempo la casa frammezzo venisse demolita, anche il padrone dell'edifizio serviente avrebbe da abbassare quel pezzo di fabbrica nuova che ha nel frattempo eretto, giacchè da quel momento esso assume la natura d'un'opera che si oppone allo scopo della costituzione (o). La giustezza di queste massime

(o) In questo modo appunto viene deciso questo caso legale dalle L. 5 *et* 6 *si serv. vind.* e dalla L. 7, § 1 *D. commun. praed.* Del resto il diritto romano è pienamente d'accordo colle enunziate massime; e come non potrebbe esserlo, se sono dedotte dalla pura idea delle servitù? Così p. e. secondo la L. 5, § 1, *de* S. P. R. richiedesi soltanto *vicinitas praediorum* attinger acqua, per abbeverar gli armenti, per cavare l'argilla, per ispegnere la calce; così parla pure la L. 39, *eod. t. nemo enim propriis oedificiis servitutem imponere potest, nisi et is qui cedit, et is qui ceditur in conspectu hobeant ea aedificia, ita ut officere alterum alteri possit*, e nella L. 38 *eod. t. si aedes meae a tuis aedibes tontum distent, ut prospici non possint, aut medius mons earum conspectum auferat, servitus imponi non potest.* Un fondo intermedio non impedisce dunque la costituzione d'una servitù, a meno che non ne venga sottratto il divisato vantaggio. Tuttavia pare secondo la L. 7, § 1, *de* S. P. R., che i fondi intermedj avessero sempre ostato alla costituzione delle servitù rustiche, essendo in quella legge detto in generale: *in rusticis autem praediis impedit servitutem medium prae-*

viene altresì avvalorata pienamente dall'idea che hanno per base le servitù, vale a dire che il subbietto delle medesime è il fondo dominante (art. LXV). Or dunque se il padrone del fondo serviente intraprende un

diam, *quod non servit*, dal che sembra emergere una contraddizione colla preaccennata legge 5, § 1, *eod. t.* Si vuole conciliare questo senso (vedi l' opera di Hüfeland parte II, art. 2. pag. 123) dicendo che in questa e nelle successive leggi parlasi dei tre diritti di passaggio (*iter*, *actus*, *via*) e che le quattro servitù principali, altrevolte uniche, riguardo ai fondi campestri, erano i tre premessi diritti di passaggio, e l'acquidotto, cosicchè un fondo intermedio renderebbe assolutamente impossibile qualunque diritto di servitù di questa natura. Siffatto mezzo conciliativo non può essere tuttavia adottato per valido, poichè l'anzidetta legge è data da Paolo, il quale nella legge anteriore, vale a dire nella sesta, parla di molte altre servitù rustiche che si praticavano al suo tempo, per cui la regola generale da esso pronunciata non può al certo riferirsi unicamente alle tre servitù contemplate nella 5 legge, ma si può stabilire l'accordo con questo semplice mezzo, che la disposizione di Paolo sia applicabile soltanto a quelle servitù rustiche, l'esercizio delle quali venga impedito da un fondo situato frammezzo. Lo stesso valga dunque anche per le servitù mentovate nella 6 legge, *servitus calcis coquendae*, *lapidis eximendi*, *arenae fodiendae etc.* quando io non potesse recarmi sul luogo, cui ho diritto, se non col consenso del proprietario d'un fondo intermedio, che mi viene però da esso negato. Merita pure d'essere menzionata per la sua singolare sottigliezza la L. 38 de S. P. R. a senso della quale un fiume che abbia il suo corso frammezzo al fondo dominante ed al fondo serviente non impedisce veramente la servitù del passaggio, nel caso che si possa transitarvi sopra un ponte, oppure a guado, ma bensì quando vi si venga trasportato sopra una barca; questa disposizione viene bensì ammirata da molti civilisti per la sua giusta conseguenza, ma la pura filosofia del diritto vi scorge soltanto una deviazione dalla vera essenza delle servitù.

atto qualunque, il quale in giusto senso sia indifferente a questo subbietto perchè non vien intrapresa cosa veruna contro il divisato vantaggio, non si può neppure asserire che abbia luogo qualche fatto in opposizione alla servitù, o che si eccedano i limiti dei diritti; il dominante volendo in questo caso tenere un simile linguaggio verrebbe, fuor di ragione, a dichiarare poter egli proibire alla parte obbligata l'uso della sua proprietà, quand'anche non gliene ridondasse alcun vantaggio (art. LIX).

Art. LXXII. Dalle premesse massime sembra incontrastabilmente risultare ch' io abbia fatto agli articoli LV, e LVI una distinzione senza scopo fra le servitù affermative, e le negative, imperocchè se si ammette riguardo alle servitù negative che riesca facile al criterio del giudice il riconoscere l' inutilità di una servitù, pare che si debba ugualmente ammettere, che non possa mancar al giudice lo stesso criterio rispetto alle servitù affermative, avendo io stesso asserito all' articolo precedente, che anco le servitù affermative abbiano da considerarsi come non costituite, qualora in causa della distanza dei fondi, oppure d' un fondo intermedio, venga impedito l' esercizio delle medesime, ovvero sia, ciò ch' equivale, qualora sparisca qualunque vantaggio che formò la base del conchiuso contratto. Per conseguenza ciò ch' è di ragione in merito alle servitù negative, dee valere anche rispetto alle affermative, senza che si possa far distinzione alcuna fra queste due qualità. Ma la fallacia di

quest' asserzione, cade sott' occhio, se tutto attentamente si ponderi. Ammetto che le stesse servitù affermative siano talvolta per difetto d' utilità da considerarsi come non concedute, nè incorro per questo in contraddizione con quanto ho espresso agli articoli LV, e LVI. In fatti ho ivi asserito che la parte obbligata non possa pretendere la nullità d' una servitù affermativa in attualità di esercizio, sotto pretesto che manchi il legale requisito del vantaggio; vi ho però aggiunto la condizione positiva, *premesso che non si opponga all' esercizio del diritto la possibilità della prestazione.* Tutto dunque dipende dalla sostanza essenziale di questa restrizione.

Art. LXXIII. Il § 878 stabilisce la massima: *Si possono conchiudere contratti di tutte le cose, che sono in commercio. Ciò che non può prestarsi che assolutamente è impossibile o illecito, non può essere l' oggetto d' un valido contratto.* La fisica e morale, o legale possibilità della prestazione è quindi un essenziale requisito pella validità del contratto, in difetto di ciò è da ritenersi come invalido qualunque contratto; questa disposizione trovasi chiaramente espressa in molti passi di legge (§§ 880, 897, 898, 698, 1048, 1174 e 1447). Applicando questa massima alle servitù, ne avremo per risultamento, che se si tratta di servitù affermative, e che l' esercizio dell' accordato diritto sia o fisicamente impossibile, o illecito, in tal caso il contratto sarà nullo. Fra i casi di fisica impossibilità si annoverano i seguenti: qualora la servitù

non possa venir esercitata o in causa d'un fondo intermedio, o pella distanza del fondo serviente, e in generale quando il diritto dell'esercizio ecceda le forze umane, ciocchè avviene anche nel caso in cui perisca il fondo dominante, o quello serviente, per cui l'esercizio rendesi impossibile o temporaneamente, od anche in perpetuo (℘ 525). I casi della legale impossibilità si verificano quando la concessione del diritto è dalle leggi dichiarata illecita, come p. e. se un proprietario di casa accordasse ad alcuno l'accesso nella sua di giorno e di notte, obbligandosi perciò, in opposizione alle prescrizioni di polizia, di lasciare anche in tempo di notte aperta la porta della casa, oppure se accordasse ad un altro padrone di casa il diritto di fabbricare un verone nel suo spazio d'aria, la costruzione del quale non fosse permessa dall'autorità politica, oppure com'esprime apertamente il ℘ 501, s'egli concedesse una servitù *con cui venisse ad essere impedita, o difficoltata la coltura ridotta a determinato metodo dai regolamenti politici*; imperocchè sebbene questo paragrafo contempli unicamente il diritto di pascolo, tuttavia la massima in esso contenuta è da estendersi, a senso del ℘ 503, anche a tutte le altre servitù. Da ciò si può dunque con ragione inferire che anche i seguenti conceduti diritti portano seco manifestamente l'impronto della invalidità; cioè il diritto di cacciare *col diritto di lasciar che si aumenti la salvaggina con pregiudizio dell'agricoltura*; il diritto di pascolo per tutto il corso dell'anno sopra

ogni qualità di fondi, *perfino sopra i coltivati campi, e nelle ortaglie*, come pure *di poterlo esercitare colle capre nei luoghi boschivi*; *il diritto di passaggio pei campi coltivati, di cacciare in essi, e di poter calpestare le biade a piacere, e in generale tutte le servitù all'esercizio delle quali si oppone qualche regolamento politico*, mentre la massima: *pacta dant legem contractibus*, contiene la restrizione fondata nella filosofia del diritto, cioè che col contratto *non siansi oltrepassati i confini dalle leggi stabiliti per conservare e promuovere il pubblico bene* (§ 364). E in cosa consisterà dunque il motivo di questa legale restrizione? Forse immediatamente nella circostanza che questi accordati diritti non procurino alla parte accettante alcun vantaggio? Certo che no; mentre p. e. il diritto d' assoluta proibizione della caccia del salvaggiume, oppure di cacciare nei fondi coltivati, appartiene a quella classe di diritti che non sono affatto privi di vantaggio, anzi perfino il passeggiare per le campagne coltivate procura un' amenità che qualifica bastantemente l' utilità in senso giuridico. Il vero motivo di quelle leggi proibitive è quindi senza dubbio da ricercarsi unicamente nelle ragioni politiche.

Art. LXXIV. Ma ho detto di sopra che le servitù da me indicate portano seco evidentemente il carattere della invalidità; sono quindi da considerarsi per ciò come affatto insussistenti? No, poichè verrebbero in tal guisa apertamente ecceduti i limiti della giustizia, mentre in tutti i proposti casi, si può se-

parare ciò ch'è permesso, da ciò ch'è vietato, e per conseguenza deesi far luogo a questa separazione, avendo il ₰ 882 fissata la massima, *che qualora vengano promesse a un tempo stesso cose possibili ed impossibili, si debba adempire alla promessa in ciò ch'è possibile* (*dum utile ab inutili separari potest*, *separatio facienda est*), e perchè inoltre anche il ₰ 710 prescrive, che *nel caso in cui non possa eseguirsi esattamente l' incarico*, *si dovrà procurare di prestarvisi almeno in quanto sia possibile.* Si cerchi dunque di operarne la separazione, e ne avremo per risultato la valida sussistenza delle seguenti servitù: il diritto di caccia, di pascolo, di passaggio, che saranno tuttavia da esercitarsi rispettando le biade, la crescenza degli arbuscelli, e in generale la coltivazione; non si dovrà dunque proibire eccessivamente la caccia del salvaggiume; il diritto del pascolo nei prati verrà limitato all'epoca dopo la segatura del fieno (₰ 501), e il passaggio pei campi e pelle praterie, avrà luogo soltanto sopra uno o più sentieri, secondo che la parte avente il diritto potrà, pel suo comodo, averne più o meno bisogno; i quali però dovranno essere tracciati in linee rette, e non tortuose, mentre le servitù non si possono estendere, anzi ristringere, per quanto il comporta l'indole di esse, ed il fine per cui furono costituite (₰ 484).

Art. **LXXV.** Prima però di procedere al pieno scioglimento dell'obbjezione proposta (art. LXI), è mestieri discutere ancora sino a qual punto la possi-

bilità della prestazione sia un essenziale requisito di tutti li contratti, e possa in conseguenza essere applicabile anche alle servitù negative. Apparentemente desso non trova applicabilità veruna, poichè le servitù negative consistendo nel diritto proibitivo da una parte, e nel doversi tralasciare qualche cosa in favore di essa dall'altra parte, non si può parlare di veruna prestazione. Ciò per altro sarebbe vero, solo qualora la parola *prestazione*, in senso giuridico, non si riferisse eziandio alle ommissioni; questa circostanza viene provata dal § 859 in connessione col § 861: il primo dichiara, che un diritto personale sulle cose *sia un diritto in forza del quale una persona è obbligata a prestare qualche cosa*; dichiara ugualmente il secondo, *che la prestazione possa consistere tanto nel concedere, dare, o fare qualche cosa, quanto nel tralasciarla*, ed il § 921 esprime inoltre chiaramente che *nei fatti sono comprese anche le ommissioni*. Ora, siccome si possono promettere anche delle ommissioni, le quali eccedono le forze fisiche degli uomini, o che sono opposte ad una legge proibitiva, così, secondo le massime dell'analogia di diritto, è fuor di dubbio, che anche la servitù negativa è senza effetto, quando l'ommissione sia impossibile o illecita. I casi della prima specie sarebbero p. e., se un possessore di fondo si obbligasse a non lasciar più scorrere il suo rivo nel fondo del vicino, e di dargli una direzione diversa, mentre la posizione naturale o il divieto dell'autorità politica rendesse impossibile di alterare il con-

sueto corso dell'acqua (§ 413); esempi della seconda specie sono: se il possessore di fondo si obbligasse a lasciar andar incolti e deserti i suoi campi, e gli spazii di bosco già diradati, in tempo che le autorità politiche debbono vegliare onde vengano coltivati gli uni e gli altri

Art LXXVI. In tutti i menzionati casi il conchiuso contratto sarebbe dunque insussistente; anzi non competerà, di regola, neppure il diritto d'evizione dell'uno verso l'altro, mentre o il contratto è stato conchiuso gratuitamente, o a titolo oneroso: nel primo caso non si può parlare di risarcimento poichè il donatore non è a ciò obbligato (§ 922); nel secondo caso, che non è però tanto facile a supporsi, deve aver luogo il savio criterio del giudice onde verificare se la qualità impossibile o illecita del promesso fatto e della omissione sia stata evidente, oppur no. Nell'affermativo, non si potrà ripetere ciò che fosse stato pagato, ordinando il § 1174: *ciò che alcuno ha scientemente dato per l'esecuzione d'una cosa impossibile o illecita, non può più ripetersi*; poichè non si può fare alcun conto sulla prestazione d'una cosa impossibile o illecita; colui dunque il quale ha dato qualche cosa per questo titolo, ha manifestamente rinunziato al diritto di domandarne la restituzione, ed ha in conseguenza spiegata l'intenzione di voler donare. È inoltre da riflettersi, che se fu data qualche cosa pella esecuzione d'un fatto illecito, chi la diede, si è reso al tempo stesso indegno

del diritto di ripeterla; anzi la cosa data, va soggetta per lo più, a senso del succitato paragrafo, alla confiscazione. Bên diverso è poi il caso, se il datore della cosa non avesse potuto chiaramente conoscere la fisica impossibilità o il carattere illecito del contratto: in tal caso si può ripetere ciò che fu dato, non tollerando le nostre leggi, che una delle parti contraenti si arricchisca, senza un giusto fondamento, a danno dell'altra; per lo contrario esse stabiliscono anzi la massima generale, che se un contratto fosse in origine invalido, o che non potesse venir adempito, debbasi restituire ciò che fosse stato dato per l'adempimento (§§ 877, 1048, 1064, 1447). Pare veramente che non si possa immaginare un caso in cui non avesse a cader subito sott'occhio ciò che sarebbe impossibile, o illecito; poichè *impossibile* è ciò che è in contreddizione colle forze fisiche della natura, ed *illecito* ciò che è contrario ad un divieto di legge, di cui peraltro niuno può scusarsi allegandone ignoranza. (§ 2) Ma è forse l'idea dell'impossibilità in ogni tempo, e per ognuno evidente? Non è dessa piuttosto una idea relativa, la quale cangia di forme secondo la diversità della coltura dello spirito, e fin anche del secolo in cui si vive? Quanto tempo è che i giureconsulti contavano ancora fra le condizioni impossibili quella di volare per aria? (*a*).

(*a*) Egli è perciò che anche Hommel nella sua *Rhapsodia quaestionum* V. III, *Obs.* 120 e Tomasio *in disp. non ens actionis*, dichiarano per inutile e ridicolo il quesito: se si possa contro

Si può dunque immaginare benissimo il caso in cui quegli che ha dato qualche cosa per l'esecuzione d'un fatto impossibile, abbia supposto la possibilità dell'adempimento, e allora non deve già soffrire la perdita della cosa data, mancando dal canto suo l'intenzione di donare, nella quale è unicamente fondato lo spirito del ℈ 1174. L'esperienza insegna che uomini scaltri profittano della debolezza intellettuale d'altri uomini onde cavar loro destramente del danaro sotto la promessa d'una prestazione impossibile, p. e., di fabbricar dell'oro, od una macchina che abbia un movimento perpetuo da sè medesima (*mobile perpetuum.*)

In questo caso è fuor di dubbio che deve aver luogo la restituzione della cosa, trovando qui la sua applicazione il ℈ 878, il quale dichiara responsabile colui che inganna un altro, colla promessa di eseguire qualche cosa d'impossibile od illecito. Se dunque l'impossibilità dell'adempimento dee portar seco la perdita della cosa data, l'impossibilità deve anche essere stata realmente evidente al datore. Lo stesso caso si verifica eziandio, pelle allegate ragioni, quando l'indole illecita non sia stata manifesta, imperocchè non tutti gli uomini conoscono le leggi proibitive, nè tutte sono di natura tale, che anche senza veruna promulgazione, potrebbero riuscir evidenti all'umano intelletto. Io ritengo quindi che dipenderà dalla circostanza se la

la volontà del possessore del fondo volare per la sua colonna d'aria?

legge proibitiva sia tale, che abbia per base i principii della natura e della morale, ovvero no; nel primo caso il datore perderà la cosa prestata, nel secondo all'opposto, solo allorquando si possa provare, che la legge non gli era ignota, e ch'essa altronde sia di natura tale da non lasciar luogo in alcun evento a presumere il favore d'una eccezione dall'osservanza della medesima (*b*).

Qui però temo si vorrà oppormi che a torto io mi permetto una distinzione, mentre il § 2 esprime in modo assoluto: *tostochè una legge è stata debitamente promulgata, nessuno può allegarne ignoranza a sua scusa*; dal che ne deriva eziandio, essere indifferente se la legge sia stata realmente, oppure no, a cognizione della parte che ha promesso. Questa legge può tuttavia essere applicata nel suo pieno vigore solo allorquando fosse stata effettivamente trasgredita una legge proibitiva, ma non già quando fosse stata data qualche cosa a puro titolo di fatto illecito; poichè se

(*b*) Questo caso si verifica per lo più, allorchè la legge proibitiva è una legge politica e non anche al tempo stesso legge penale, che abbia per oggetto un delitto, od una grave trasgressione delle leggi politiche. Così p. e. suolsi ottenere sovente una eccezione dai divieti delle seguenti leggi politiche; che non vengano esportate biade, che non si taglino legne in un determinato bosco; che non venga data altra direzione a un fiume, a un rivo, di non esportare in estero stato certi prodotti della natura, e simili; ed in questi casi, nell'ipotesi che non si possa provare l'intenzione di violare la legge pretcrindo dall'invocare la concessione politica, si potrà sempre ripetere la cosa prestata.

ciò avviene, ognuno è autorizzato a giustificarsi verso la parte accettante allegando un errore in diritto, poichè il § 1431 esprime chiaro: *Se per errore, quand' anche fosse errore in diritto, alcuno avrà data una cosa, o prestato un fatto a chi non aveva diritto di esigerlo, si può, di regola, nel primo caso domandare la restituzione della cosa, nel secondo una mercede proporzionata al vantaggio arrecato.* Ne risulta quindi chiaramente che il § 1174, lo scopo del quale non poteva essere stato al certo quello di sopprimere la disposizione del § 1431, è da circoscriversi in questo modo: qualora per parte di chi ha prestata la cosa non sia incorso qualche errore in diritto. Il nostro legislatore al primo § si riferisce abbastanza manifestamente ad una tal restrizione, dicendo: Ciò che alcuno ha *scientemente* dato ondé far eseguire un' azione impossibile o illecita, non potrà ripeterlo; egli dee quindi aver saputo che il fatto era impossibile, oppure illecito in virtù della legge, e la sua intenzione dev' essere stata appunto diretta a far trasgredire colla data cosa il divieto di una legge dalla di cui inosservanza non poteva essere assolto.

Questa scienza e questa mala intenzione debbon anche provarsi in di lui confronto, tranne l'unico caso che l' assoluta impossibilità, sempre però con riguardo alle facoltà intellettuali del promettente, oppure il carattere illecito del fatto fosse evidente per legge di natura, o della morale. Se, fuor di ciò, mancano le prove, il diritto di ripetere la restituzione della cosa sarà incontrastabile.

Ora se si applicano queste massime alle qualità dei contratti invalidi menzionati in fine dall' art. LXXV coi quali fosse stata costituita una servitù, ne risulta, che in tutti quei casi dovrebbesi restituire la cosa prestata, mancando in essi la condizione legale di voler trasgredire un immutabile divieto di legge.

Art. LXXVII. Premesse queste discussioni si potrà ora perfettamente e con fondamento abbattere l'obbjezione fatta alla art. LXI; è dunque falso, che anche riguardo alle servitù affermative si possa agevolmente giudicare se non procurino alcun vantaggio, per aver io confessato all'art. LXXI, che sono da considerarsi come non costituite anche le servitù affermative, qualora la distanza o la posizione dei fondi renda inutile l' esercizio della servitù; mentre il motivo più immediato della invalidità d'una tale servitù non è tanto la mancanza del vantaggio, quanto anzi la mancanza del più essenziale requisito per la validità d' un contratto, vale a dire la possibilità di prestare la cosa convenuta. Appunto perciò ho anche, all' art. LV, aggiunto alla mia asserzione la restrizione positiva, *presupposto* che nulla osti all' esercizio dell' accordato diritto, ed ho inoltre perfino dichiarato espressamente, che quella asserzione è da intendersi soltanto riguardo a quelle servitù che sono effettivamente in esercizio. Per lo contrario riguardo alle servitù negative, intorno alle quali ho asserito che sia facile il riconoscere la loro inutilità, suppongo egualmente, che la promessa omissione debba essere possibile e lecita; giacchè se manca

questa condizione legale, il contratto è invalido già per questo motivo, senza che si abbia d'avere alcun riflesso, se possa procurare vantaggio, o no. Ammesso dunque che il contratto non sia invalido per effetto dell' impossibilità della prestazione, non si potrà certamente a meno di non convincersi che non si possa mai con sicurezza determinare che la servitù affermativa, la quale viene esercitata, non riesca vantaggiosa alla parte avente il diritto.

A dilucidazione della cosa gioverà questo esempio. Mi compete v. g. il diritto di servitù sopra due calli, che non conducono altrove se non alla chiesa, l' uno è comodo e retto, l' altro invece percorre una linea tortuosa tre volte più lunga, e scabrosa da praticarsi, anzi è d'uopo sormontare a stento delle diroccate rupi. Si ricerca: potrà forse il padrone del fondo serviente proibirmi l'uso del secondo sentiero, sotto pretesto ch'esso non mi procuri verun vantaggio, viceversa che anzi in confronto del primo più comodo e breve, mi cagioni del danno, mentre io assai più tardi giungo alla chiesa, e fors'anche con pericolo di farmi del male?

No certamente, poichè vi sono bene spesso dei movimenti, e per conseguenza anche un lungo cammino, giovevoli alla salute, e perfino l'arrampicarsi sopra degli scoglj può far piacere a non pochi. Riflettasi inoltre, che se quel sentiero, anzichè procurarmi un vantaggio, mi riuscisse nocivo, ommetterei al certo saviamente di frequentarlo, per cui spirato il termine

della prescrizione voluto dalle leggi (§§ 1478, 1488), il mio diritto si estinguerebbe di sua natura.

Art. LXXVIII. Ben diversa è però la cosa se ci figuriamo una servitù negativa. Supposto per ipotesi, ch'io mi sia obbligato verso il mio vicino a non passare pel mio proprio sentiero, a non segar l'erba del mio prato, a non cogliere le frutta dei miei alberi, od a non leggere i miei libri, senza accordare all' altro il diritto sopra quel calle, sopra il prato, sopra il giardino, o sopra la mia biblioteca, qui è pur evidentissimo, che siffatta promessa non può, sotto verun aspetto, arrecare all'altro un vantaggio, nè si potrebbe allegare a tal effetto, se non che il suo vantaggio consista nella circostanza, che, siccome la cosa mia è divenuta per me inservibile, v' abbia per l' altro una vista favorevole di poter rendersi padrone per un modico prezzo della mia proprietà, o per lo meno del diritto d' una servitù ad esso utile. Ma e potrebbe il giudice adottare per base della sua decisione un fine di questa natura? Tutta la nostra legislazione non pronuncia forse un assoluto spirito di giustizia, e di morale, non chè d' abborrimento contro quegli uomini, i quali nel conchiudere i contratti, dimenticano ogni principio d' equità o che tentano perfino coll'astuzia di procurarsi dei vantaggi? (§§ 866, 874, 878, 1270, e 1391) Non è forse invalido anche un contratto bilaterale allorquando una delle parti sia lesa oltre la metà (§ 934), e non deve fors' anche moderarsi perfino quella somma, la quale viene preventivamente

promessa in risarcimento d' un danno qualora venga provato essere la medesima eccessiva? (§ 1336). Or dunque non essendo supponibile che l'altra parte possa aver pagato per un diritto proibitivo che gli è affatto inutile la metà del valore che ha realmente il diritto dell' uso, risulta già da ciò l'invalidità del contratto senza che dessa, quando invece non avesse corrisposto alcun bonifico, possa riferirsi alle massime del contratto di donazione, il quale non può, in causa della lesione oltre la metà, venir impugnato (§ 934). Tale contratto non può risguardarsi per una donazione, poichè la sostanza di quest'ultima, secondo il disposto dal § 938 consiste in ciò, che la cosa venga data ad alcuno gratuitamente. Ma io nel concreto caso ho premesso, che alla così detta parte dominante non sia stato conferito alcun diritto, e in conseguenza che non gli sia stata ceduta gratuitamente cosa alcuna. Manca dunque la qualità caratteristica d'un contratto di donazione, e in generale anzi di qualsivoglia valido contratto, poichè è sempre necessario poterlo, sotto qualche immaginabile rapporto, qualificare vantaggioso per l'accettante.

Art. LXXIX. Del resto, se la segreta intenzione della parte fosse stata quella di pervenire al possesso della cosa a un prezzo modico, essa doveva agire apertamente, ed insinuarsi come compratore; e se la sua intenzione avesse mirato all' acquisto d' un' altra servitù vantaggiosa, essa doveva trattare per questa; imperocchè il giudice dee giudicare gli affari di diritto

convenuti sempre soltanto secondo la loro intrinseca qualità, senza che possa far il minimo conto dei motivi occulti, trattenuti nella mente, tendenti inoltre ad angariare l'altra parte; mentre secondo la chiara disposizione del § 901, *il motivo, ed il fine del consenso possono influire sulla validità del contratto a titolo oneroso, solo quando siano stati espressamente apposti per condizione.*

Art. LXXX. Io debbo però, inesivamente alla mia asserzione contenuta all' Art. LIX, rispondere ancor ad una, cioè all' ultima obbjezione.

Non è supponibile, che il nostro legislatore abbia voluto comprendere nel nostro Codice la massima, *che un diritto proibitivo inutile per chi lo possiede abbia da essere privo di effetto.* Se tale fosse stata la sua mente, egli l' avrebbe al certo espressa tanto chiara, come tant' altre massime legali tendenti all'annullazione d' un affare in punto di diritto. Sembra piuttosto tralucere chiaramente che il nostro legislatore abbia voluto escluderla dal Codice dalla circostanza, che noi abbiamo dei passi di legge, i quali, sebbene soltanto in certi determinati casi, dichiarano insussistente un diritto proibitivo. Qui possono citarsi i §§ 698, 700; se un uomo senza prole promette ad alcuno di non contrarre matrimonio; aggiungasi anche (§ 1371) la promessa fatta dal debitore al suo creditore di non obbligare a nessun altro la cosa immobile. Or dunque ha luogo la massima legale: *casus expectus firmat regulam in casu non excepto*; vale a dire, applicandola al presente teorema giuridico, è per-

messo in tutti i casi non espressamente contemplati dalla legge il vincolare la libertà d' un terzo. Ma e come si può muovere ancor dei dubbj sopra una massima contenuta apertamente in sì tanti da me indicati passi di legge, e se, com'è provato, l'inosservanza d'un diritto proibitivo inutile rimane sempre assolta, pel motivo che la parte che lo professa non è mai in grado di provare un danno da ciò derivatole, come p. e.; se io, malgrado un simile divieto, avessi raccolto frutta dagli alberi, oppure letto i miei libri?

In quanto ai due precitati passi di legge non possono considerarsi quali eccezioni dalla regola, che non si possa inutilmente limitare la libertà d'un proprietario; poichè avendo io dimostrato, che il nostro Codice adottò la massima generale, che il diritto proibitivo debba essere congiunto col vantaggio di chi lo possiede, così il nostro legislatore l' ha applicata soltanto a quelle due specie di convenzioni, o dirò meglio egli ha esteso quella massima generale a due casi, i quali veramente non sono in essa compresi. Io ho sostenuto fin' ora che non si possa limitare la libertà d' un proprietario, senza ritrarne un vantaggio, ed ho desunto il mio principal fondamento da molti passi di legge del capitolo delle servitù, i quali in generale presuppongono il possessore d' un fondo; qui però, nel caso dei §§ 698, e 700 trattasi unicamente d'una restrizione della libertà personale, cioè di contrarre matrimonio; nel caso del § 1371 trattasi a dir vero della restrizione della libertà d' un proprietario

di fondo, ma però d'una tale, ch'è utile al creditore, poichè un credito perde della sua sostanza, qualora il fondo dato in pegno venga totalmente obbligato, mentre in tal caso sparisce la vista favorevole di erigere il capitale mediante cessione ad altri, niuno adattandosi così facilmente ad accettare per cessione un capitale, ancorchè legalmente assicurato, qualora dai pubblici registri consti che il fondo del pegno sia ipotecato per intiero. Se dunque il legislatore voleva che i due menzionati casi dovessero trattarsi giusta quella massima, non gli restava altro mezzo che di ordinarlo espressamente, non essendo essi, com'è dimostrato, compresi nella medesima.

Art. LXXXI. Sussistendo adunque la massima legale, che le servitù negative, le quali in origine non possono procurare alcun vantaggio, siano senza effetto, essa deve anche essere validamente applicata alle servitù negative in vigore; in quanto che si tratti della estensione del diritto che deve emergere dalla costituzione in favore della parte dominante; vale a dire, l'estensione del suo diritto non verrà determinata secondo il semplice tenor letterale del contratto, ma con riguardo alla natura delle singole servitù, secondo il fine che si manifesta d'ambedue le parti diretto alla concessione d'un effettivo vantaggio. Se p. e. alcuno promette di non erigere alcun edifizio sul proprio fondo, oppure di non aprire nuove finestre in quello che già esiste, egli sarà in ogni evento autorizzato alla costruzione d'un edifizio od all'apertura

di nuove finestre, che non possono essere in verun modo vedute dalla parte dominante; poichè, se le servitù negative dalle quali non ridonda verun vantaggio, vengono accordate senza effetto, ne risulta per giusta conseguenza, che anco nel caso in cui una servitù fosse stata validamente costituita, non si può pretendere cosa alcuna, dalla quale non derivi egualmente verun vantaggio, imperocchè una massima di diritto generalmente pronunciata, deve applicarsi alla intera istituzione legale, e in conseguenza anche a tutti i suoi rami; applicando quest' asserzione al concreto caso, viene giustificata pienamente dal § 484: *le servitù non si debbono estendere anzi ristringere per in quanto il comporta l' indole, e il fine pel quale furono costituite.* Nel proposto caso non è dunque possibile di convincere in verun modo il giudice, che se fosse costituita la servitù di non erger più in alto l' edifizio, oppure di non aprire una finestra nuova, l' indole ed il fine della costituzione richiedano, che non venga eretto l' edifizio, o aperta la finestra, qualora non possa essere menomamente veduto nè l' uno nè l' altra (art. LXXI).

INDICE DELLE MATERIE

DEI SINGOLI ARTICOLI

DEL TERZO CAPITOLO

intorno al Diritto di uso delle Servitù.

Art. LXXXII. *Il diritto d' uso delle servitù affermative è sempre da limitarsi secondo l' indole e lo scopo di cadauna servitù.*

LXXXIII. *Se le servitù che in origine fossero state utili, cambiandosi le circostanze, non offrissero più alcun vantaggio, si estinguono per sempre, solo però nel caso in cui sia tolta ogni speranza che possa mai più aver luogo il perduto vantaggio.*

LXXXIV. *Le servitù prediali riacquistano il loro precedente vigore, tostochè sia restituito allo stato primiero il perito fondo, e che si abbia proporzionatàmente contribuito alle spese di riparazione.*

LXXXV. *Non occorre che l' edifizio ottenga la primiera forma.*

LXXXVI. *Se la parte soggetta alla servitù, invece del rovinato muro intermedio, ne fabbricasse un altro sopra un diverso punto, sul quale la parte dominante non professasse alcun diritto di servitù, quest'ultima non potrebbe già impedirlo, ma sarebbe autorizzata coi materiali caduti a fabbricare un muro dove prima si trovava, ed acquisterebbe così tanto la proprietà del muro, quanto anche quella dello spazio che occupa.*

LXXXVII. *Nel premesso caso non si dovrà bonificare al proprietario il valore del fondo.*

LXXXVIII. *Il muro serviente non sarà tuttavia devoluto all'edificatore in tutta la sua grossezza, ma solo in tanta parte, quanta ne veniva da esso goduta.*

LXXXIX. *Un tal muro può venir costrutto più alto, ed anche in forma diversa.*

XC. *Se il padrone del fondo serviente facesse delle disposizioni onde costruire un' opera dannosa alla parte dominante, essa potrà domandare il divieto di simile innovazione.*

XCI. *Se la parte dominante essendo consapevole della costruzione dell'edifizio che gl'impedisce l'esercizio della servitù, non lo avesse tosto interdetto, non potrebbe pretendere che venisse di nuovo costrutto nello stato di prima, ma bensì esigere soltanto il valore comune della servitù omai resa vana.*

XCII. *L'imprenditore, ancorchè avesse eretto la fab-*

brica colla mira di far cessare la servitù, non sarà tenuto al pieno soddisfacimento.

XCIII. *In generale se la parte dominante tollera la costruzione d' un'opera pregiudicevole alla servitù, non può ripetere che il valore comune di quest'ultima; dal verificato valore debbonsi però dedurre tutte le spese occorrenti pella riparazione della cosa.*

XCIV. *In verun caso poi chi ha il diritto della servitù potrà pretendere l'uso della nuova opera, che ne impedisce l' esercizio.*

XCV. *Il diritto di servitù distingue essenzialmente dal diritto di comproprietà.*

XCVI *Se il padrone del fondo serviente intraprende di nascosto una fabbrica la quale impedisca l' uso della servitù, è in obbligo di rimettere la cosa in pristino stato.*

XCVII. *Ritenuto però, che la parte avente il diritto sia disposta a sostenere proporzionatamente le spese necessarie onde restituirla allo stato di prima.*

DEL DIRITTO
DI USO DI SERVITÙ

CAPITOLO TERZO

Art. LXXXII. Del resto sebbene le servitù affermative che sono effettivamente in esercizio siano tali, che qualora non sottentri l' impossibilità della prestazione, non spetta al giudice il decidere se il diritto principale sia vantaggioso a chi è in possesso della servitù, nulla meno sta nelle sue attribuzioni il giudicare intorno al modo di esercitarlo; si ricerca soltanto, secondo quali basi?

A questo proposito è mestieri penetrare quant'è possibile nell'indole intrinseca delle servitù. Secondo la spiegazione da me fornita all' art. LXV dell' idea fondamentale delle servitù, esse danno ad un fondo un diritto vantaggioso sopra un altro fondo. Questo vantaggio, qualunque sia la servitù che possiamo immaginarci, può essere fondato soltanto o nella rinunzia

di certi diritti che fa il proprietario del fondo serviente a favore del fondo dominante, ciocchè ha luogo nel caso d' una costituita servitù negativa, p. e. di non erger più in alto l'edifizio; oppure nel concedere ad un possessore di fondo l' esercizio perfino di certi diritti di proprietà sul fondo proprio, come sarebbe nel caso di servitù urbane e rustiche, p. e. il diritto d'ammettere una trave, e quello del pascolo. In qualunque caso che si possa figurarsi, trattasi dunque innegabilmente della limitazione dei diritti di proprietà del fondo serviente, cui si oppone il diritto di servitù della parte dominante. Ma e potrebbero forse il possessore della servitù e quello della cosa serviente agire ad arbitrio ? Potrebbe il primo, p. e. nel caso che fosse costituita la servitù d' acquidotto, appropriarsi maggior copia d' acqua di quella che abbisogna il suo fondo; o sarebbe lecito all' altro negargli la quantità necessaria ? Amendue questi fatti si opporrebbero all' indole della servitù, poichè secondo la sua idea fondamentale, lo scopo della costituzione della servitù consiste nello stabilire un vantaggio in favore del fondo dominante, e per conseguenza, nel proposto caso, nel soddisfare al bisogno dell' acqua del fondo avente il diritto. Da ciò ne segue che il doppio diritto eventualmente controverso, cioè della parte dominante e della parte serviente, viene ad essere temperato dal divisato vantaggio che si è voluto concedere al fondo dominante per mezzo dell' atto di costituzione; quindi non se ne può da una parte pretendere di più, nè

accordarne meno dall'altra (a). In cosa poi debba consistere l'accordato vantaggio, emerge altronde dall'indole manifesta di cadauna servitù, a meno che non vi fosse stata apposta, mediante contratto, qualche limitazione, o ampliazione (§ 479), oppure che la posizione e la qualità del fondo non richiedessero una restrizione.

L'esercizio dee in ogni evento essere limitato all'utile ed al comodo del fondo dominante (§ 473), ed è perciò che il § 484 dichiara, che *le servitù non si debbono estendere, anzi ristringere per quanto il comporta l'indole di esse, ed il fine per cui furono costituite.* L'esercizio deve quindi aver luogo con discrezione (*servitus civiliter est exercenda* (b)), vale a dire, si può bensì esercitare in tutta la sua estensione il diritto di servitù che ci compete, conviene però evitare tutto ciò che potrebbe cagionar danno od incomodo alla parte obbligata (c), ritenuto che si possa altrimenti conseguire lo scopo della costituzione della servitù. Questo principio è appoggiato al § 491: *il proprietario del fondo dominante è obbligato a diminuire il peso del fondo serviente*; così

(a) Anche nel caso della costituzione d'una servitù, negativa la parte dominante può quindi vietare solo quel tanto, e così la parte serviente non è obbligata a tralasciare di più del convenuto.

(b) L. 9 *de servitutibus.*

(c) *Et omnino sciendum est, meliorem conditionem fieri posse; deteriorem non posse, nisi aliquid nominatim in servitute imposita immutatum fuerit.* L. 20 § 5, *de* S. P. U.

pure al ₰ 489: *deve però disporre in modo che non renda con ciò più gravosa la servitù* (art. CLXXVI). Or dunque se la parte dominante è limitata nell'esercizio del suo diritto di servitù al vantaggio del suo fondo, cioè ad una misura discreta, deve anche corrispondere a un tale moderato esercizio la discrezione della parte obbligata, vale a dire, dessa ha da permettere tutto ciò, senza di che non potrebbe venir esercitata la servitù (₰ 1009), e tralasciare tutto ciò che potesse turbarne l'esercizio (₰ 339). Se nè l'una, nè l'altra delle due eccede i limiti menzionati, ch'io svilupperò più diffusamente in seguito nel presente trattato, il conceduto diritto di servitù non verrà certo mai in collisione colla necessaria limitazione del diritto di proprietà, è sarà sempre agevole cosa pel giudice il conoscere se una parte o l'altra abbia illecitamente oltrepassato i limiti della sfera de' suoi diritti, onde poterla contenere dentro i suoi giusti confini (d).

Art. LXXXIII. Ma resta ancor da sciogliere il quesito proposto all' art. LII: se nel caso che la servitù originariamente utile, sotto cambiate circostanze, non procurasse più alcun vantaggio, si estingua per sempre il diritto d'esercizio, o proibitivo della parte dominante? Convien distinguere; se sparisce ogni speranza, che il cessato vantaggio possa avere luogo an-

(d) D. G Hufeland nella sua opera intorno al vero spirito del diritto romano part. 2, art. 2, pag. 107, 118.

cora, ciocchè accade soltanto nel caso, per altro difficile da supporsi, in cui perisca il fondo dominante o serviente in guisa che non rimanga più lusinga alla sua ripristinazione, in tal caso il diritto di servitù cesserà senz' altro per sempre; altrimenti l' esercizio della servitù rimane semplicemente interrotto. Ne abbiamo la prova nel § 525, secondo il di cui tenore: *se perisce il fondo serviente o dominante s' interrompe la servitù, ma quando il fondo, o l'edifizio viene restituito allo stato primiero, la servitù riacquista il suo precedente vigore.*

Art. LXXXIV. In quanto poi alla ripristinazione della servitù è d' uopo far distinzione fra i diversi casi. Deesi esaminare se il motivo dell'interrotto vigore della servitù provenga o da circostanze che ne impediscano l' esercizio temporaneamente, oppure tali che in conseguenza di qualche avvenimento, essendo svanito il divisato vantaggio, determinino la parte dominante medesima ad interromperne l'esercizio; p. e. nel primo caso, se fosse costituita la servitù dell'immissione delle travi, che rovinasse il muro serviente, oppure nel caso d' una servitù del diritto di pascolo, che il terreno fosse interamente inondato di sabbia e di torba, la servitù riacquista il suo precedente vigore senz'altro, tostochè sia ricostrutto il muro o sgomberato il fondo del pascolo, sotto la limitazione però, che se le spese di riparazione fossero state sostenute da una sola parte, non avendo l' altra voluto menomamente contribuirvi, questa (ancorchè fosse il pro-

prietario del fondo) non potrebbe mai pretendere il godimento della sua porzione, fin a tanto che non avesse in proporzione contribuito alle spese occorse pella riparazione, vale a dire con riguardo a quella quota in cui gli compete il godimento (§§ 483, 487, e 494); poichè rispetto al diritto di uso, il dominante trovasi in una comunione col proprietario del fondo (§ 502), e quando sussiste la comunione, i pesi debbono sempre determinarsi in proporzione delle quote (§ 839.) Temo però una obbiezione contro il teorema, che l' imprenditore sia autorizzato ad escludere dal diritto di usare in comunione l'altra parte fin a tanto ch'essa non abbia contribuito alla proporzionata quota di spesa. Il § 471 dice chiaramente *che nessun detentore d' una cosa altrui possa, dopo cessato il diritto concedutogli, ritenerla per titolo di altra pretesa. Ove però concorrano i requisiti prescritti nel Regolamento del processo civile, può, se trattasi di cosa mobile, depositarla in giudizio, e chiederne il sequestro, o se la cosa è immobile, domandarne la sequestrazione.* Da ciò emerge dunque chiaro, che nemmeno un possessore di buona fede, il quale ha fatto delle spese o necessarie per la conservazione della sostanza della cosa, o utili per l' aumento delle rendite continue (§ 331), non possa valersi del diritto di ritenere la cosa (§ 334), ma debba restituire la cosa migliorata, potendo però spiegare un'azione personale pel risarcimento delle sue spese (a). Io però

(a) Vedi il Commentario di Zeiller; osservazioni al § 471.

sono d'avviso diverso all'appoggio delle ragioni che espongo. Quegli che ripristina la cosa serviente o è il proprietario del fondo, oppure il possessore della servitù. S'è il primo; egli ha restituito nel primiero stato la cosa propria, sulla quale riacquista il precedente vigore l'interrotta servitù, a sola condizione che la parte avente il diritto alla medesima adempisca a senso del § 483, anche dal canto suo all'obbligo di concorrere in proporzione alle spese. Ma se chi la rimette nel pristino stato è il possessore della servitù, lo stesso § 483, è quello che ugualmente lo autorizza ad escludere il proprietario del fondo dall'usare in comunione della cosa serviente restituita allo stato primiero, fin a tanto che non abbia contribuito in proporzione alle spese di riparazione, esprimendo il § chiaramente: *che il proprietario del fondo può liberarsi dal contribuire in proporzione alle spese soltanto colla cessione della cosa serviente a chi ha il diritto di servitù.* Avendo io dunque positivamente presupposto che il padrone del fondo soggetto abbia ricusato di contribuire colla dovuta quota alle spese di riparazione, si può con tutta ragione inferirne, che sin a tanto ch'egli non l'abbia soddisfatto, non possa far valere il suo diritto di proprietà, e ciò anzi tanto meno, in quantochè da un tale rifiuto si può di regola, giusta lo spirito del precitato paragrafo, ritenere perfino ch'egli abbia rinunziato alla sua proprietà. (art. LXXXVI.)

E siccome altronde il § 471 ammette che anche senza il diritto di ritenere la cosa si possa in ogni

evento procurarsi per altri titoli una sicurezza sulla cosa che deesi restituire, o col depositarla in giudizio, se trattasi di cosa mobile, e chiederne il sequestro, se poi la cosa è immobile, domandandone la sequestrazione, così chi ha ripristinata la cosa, verrebbe sotto questo rapporto, sebbene non arbitrariamente, col ricorrere però ai mezzi giudiziali, ad impedire all'altra parte l'uso in comunione della cosa, e ciò anzi fin a tanto che essa non avesse in proporzione risarcite le spese (*b*).

(*b*) Non è questo il luogo per ischiarire onninamente il § 471. Debbo intanto rimarcare che sarebbe un'idea falsa volendo sostenere che il nostro Codice non accordi in alcun caso il diritto di ritenere la cosa, poichè il § 1052 dichiara positivamente: *Chi pretende la tradizione, deve o aver già soddisfatto all'obbligo suo, o essere pronto a soddisfarvi.* Siccome però questa disposizione che parla in generale, è contenuta nel capitolo del contratto di permuta, essa deve essere limitata eziandio ai contratti onerosi o così detti di permuta, vale a dire a contratti tali con cui si dà una cosa per un'altra (§ 1045), ancorchè questa consista in un fatto (§§ 921, 1173). Sono in armonia e coerenti a questo principio le seguenti disposizioni del Codice: il § 1062, secondo cui il venditore può ricusare la tradizione della cosa venduta fintantochè il compratore non abbia pagato il convenuto prezzo; il § 1138, con cui viene estesa la disposizione del § 1052 ai contratti innominati, il § 1153, in virtù del quale chi ha ordinata un'opera, od un lavoro può ritenere una parte proporzionata della mercede, qualora, stante i difetti del prestato lavoro, gli competa il diritto all'indennizzazione, ed il § 469, a tenore del quale chi ha dato il pegno non può essere obbligato all'estinzione del debito, se non gli viene contemporaneamente restituito il pegno. Tutti questi casi nei quali si può ritenere la cosa non si possono già con-

Art. LXXXV. Avvegnachè il § 525 richieda, onde la servitù riacquisti il suo precedente vigore, che il fondo o l'edifizio sia ricostrutto nello stato di prima, non deesi in questo particolare ritenere la cosa a tutto rigore letterale, poichè a senso del § 6 nell'applicare la legge, non è lecito veramente attribuirle altro senso che quello che si manifesta dal proprio significato delle parole, ma però con riguardo alla chiara intenzione del

siderare come vere eccezioni dalla massima pronunciata dal § 471, imperocchè questo § non tollera il diritto di ritenere la cosa quando venga pretesa da un detentore, ma non già da un proprietario, ed anzi riguardo al primo non lo tollera solo nel caso ch'egli pretenda la cosa dopo già cessato il diritto concedutogli. Ma nei surriferiti casi la cosa viene pretesa o dal proprietario, o bensì da un'altra persona, però in un momento in cui non è ancor cessato il suo diritto fondato nel contratto. Da ciò dunque risulta, che in generale deesi, di regola, far luogo al diritto di ritenere la cosa, quando essa venga reclamata all'appoggio d'un contratto da alcuno il quale sia obbligato a renderla, solo verso una convenuta prestazione, la quale o non ebbe menomamente luogo, o per lo meno non nella maniera pattuita. Una eccezione sarebbe realmente, quando la legge la stabilisse p. e. il ritrovatore di buona fede gode innegabilmente secondo il disposto dal § 392 del diritto di ritenere la cosa trovata, rispetto al premio ed alle spese del rinvenimento, sebbene non v'abbia per base alcun contratto, nè che un agente senza mandato, nè un possessore di buona fede, possano usare del diritto di ritenere la cosa onde cautarsi delle spese per essa erogate (§§ 336, 471). Io credo dunque che la disposizione del § 483 abbia fondato in favore di chi ha restituita nel pristino stato la cosa serviente il diritto di ritenzione, o dirò meglio di esclusione per cui egli possa escludere l'altra parte che non vuol soddisfare alla proporzionata quota di spesa, dall'uso in comunione.

legislatore, la quale nell'anzidetto § tende al certo a stabilire che un edifizio debbasi considerare come restituito allo stato di prima, qualora la costituita servitù radicata sul fondo possa del tutto o per lo meno in parte riacquistare il suo vigore nella maniera di prima, come p. e. quando venisse eretta di nuovo la parte del muro onde potervi immettere ancora le travi. La forma della rifabbricata casa può dunque differire tanto essenzialmente dalla prima da sembrar forse, in confronto di quella rovinata, una casa diversa, la servitù rivivera di nuovo, sia essa servitù prediale, o personale (*a*). Quest'asserzione viene dal § 514 posta

(*a*) Giusta il diritto romano una servitù prediale riacquista bensì il suo primo vigore tosto che il perito fondo sia restituito in pristino stato, L. 20, § 2, D. de S. P. U.; ma l'usufrutto di un edifizio, nel solo caso, secondo la dottrina della maggior parte dei giureconsulti, in cui sia esso ricostrutto in una forma tale che sembri quello di prima. Si allega quale motivo di questa differenza, che il rinascere d'una servitù prediale non può già disanimare il proprietario del fondo serviente dalla ricostruzione, non avendo egli da temere, che un semplice incomodo, p. e. di dover ricevere lo stillicidio; chè all'opposto il padrone del fondo, dovendo ripristinarsi anche l'usufrutto, ometterebbe al certo di ricostruire l'edifizio, poichè questa servitù gli toglie tutto il vantaggio, mentre tutti gli utili ordinarii nascenti dalla cosa appartengono all'usufruttuario, e il padrone del fondo agirebbe in conseguenza contro il proprio interesse volendo p. e. rifabbricare una casa che al presente non gli può procurare alcun vantaggio. Sebbene questo principio sia decisivo, riacquista nulla meno, secondo il Codice, il suo precedente vigore qualunque servitù, ed in conseguenza anche l'usufrutto medesimo, senza che si abbia da temere che il fondo, p. e. l'edifizio non verrà ricostrutto, avendo la filosofia del diritto tro-

fuor d'ogni dubbio, poichè secondo il suo chiaro tenore ha luogo senz'altro il diritto d'usufrutto, sia che il proprietario o l'usufruttuario abbia fatto ricostruire il rovinato edifizio, anzi senza che il §. faccia veruna distinzione, se la nuova forma sia, o no, essenzialmente diversa da quella di prima. Se dunque riacquista il suo precedente vigore la servitù dell'usufrutto assai più gravosa pel proprietario, ciò dee molto meglio verificarsi nel caso d'una servitù urbana, la quale non cagiona al proprietario che un mero incomodo, ma non gli toglie già l'intero godimento come l'usufrutto.

Art. LXXXVI. Ma che avverrebbe se la parte serviente cambiasse la forma del rovinato edifizio in guisa da rendere impossibile l'uso della servitù? Io voglio ammettere tre casi diversi: il primo, se dessa erigesse quel muro, nel quale debbonsi immettere di nuovo le travi comuni, invece che nel sito di prima, in una distanza di alcuni piedi: il secondo, s'essa lo rifabbricasse nel luogo ove prima trovavasi, ma però tanto debole, che

vato il mezzo di guarentire da ogni danno il proprietario, e di non devolvere all'usufruttuario un vantaggio derivante dalle spese d'un terzo. Se il proprietario s'incarica di far eseguire le opere, *è l'usufruttuario obbligato di bonificare gl'interessi della somma impiegata a misura dell'usufrutto con ciò migliorato* (§ 514). *Che se il proprietario non può o non vuole adattarvisi, ha l'usufruttuario diritto di far eseguire lui stesso tali opere, e di domandare al pari d'un possessore di buona fede il rimborso delle spese in fine dell'usufrutto, o di esigere un conveniente risarcimento per l'usufrutto impedito a cagione delle opere non esete* (§ 515)

non valesse a sostenere il peso delle travi da immettervi: il terzo, se il proprietario, anzichè sgombrare dalla sabbia, e dai sassi l'innondato fondo del pascolo, fabbricasse una casa o qualsivoglia altra opera architettonica, l'esistenza della quale togliesse ogni idea di possibilità di ripristinare il pascolo (*a*).

Nel primo caso sparisce da canto del dominante qualunque motivo di aggravarsi della fabbrica, poichè il proprietario nulla intraprende contro la servitù, fabbricando egli sopra tutt' altro punto, che non quello sottoposto alla medesima, per cui rimane libero il sito sul quale stava il muro serviente. Se chi ha il diritto di servitù ama far uso della immissione delle travi, tocca a lui di costruire a sue spese il necessario muro, senza che possa pretendere dal proprietario ch' egli vi contribuisca (§ 483), non volendo questi nè potendo far uso del nuovo muro, poichè, come ho premesso, egli ha già eretto un muro di separazione sopra un punto non soggetto alla servitù. All'opposto anche il primo va a divenire unico proprietario del muro fabbricato soltanto a sue spese, ancorchè fosse stato eretto in tutto od in parte coi rovinati materiali e che giaccia sopra un fondo altrui. Il § 483 ce ne dà la prova dicendo: *Le spese per la*

(*a*) In quanto al caso in cui venisse eretto l'edifizio contro il divieto della parte dominante, non c'è bisogno di spiegazione, poichè secondo il chiaro tenore dei §§ 340, 341, 1038, non che giusta l'idea del cagionato danno (§ 1323), è fuor d'ogni dubbio l'obbligo dell'imprenditore, di rimettere la cosa nello stato di prima.

conservazione e riparazione della cosa serviente si debbono di regola sostenere da quello che ha il diritto di servitù: se poi anche il proprietario della cosa serviente ne faccia uso, deve contribuire in proporzione a tali spese, e soltanto colla cessione della cosa a chi ha il diritto di servitù, quando anche questi dissenta, può liberarsi dal contribuire alle spese medesime. Se dunque il padrone del fondo serviente non vuol concorrere alla spesa, deve adattarsi alla perdita del diritto di proprietà che gli compete sopra il muro. Egli non può aggravarsene, dipendendo da lui il conservarsi la sua proprietà col contribuire alla sua quota di spesa ch' egli al certo ommette di soddisfare solo o perchè il muro non gli può più offrire vantaggio alcuno, o per lo meno, perchè le spese sorpassano l'inconcludente utilità.

La circostanza che il muro sia stato per avventura rifabbricato coi caduti materiali di ragione del proprietario del fondo, non dà luogo a differenza alcuna; mentre come la legge attribuisce alla parte dominante come edificatore, la proprietà del muro, questa dev'estendersi anche ai materiali di fabbrica giacenti sul luogo della medesima, poichè ciò che vale per la cosa principale, valer deve eziandio pella pertinenza. E appunto di quest' ultima qualità sono innegabilmente siffatti materiali, perchè la legge sotto pertinenza comprende al tempo stesso le cose *senza di cui la cosa principale non servirebbe ad alcun uso, o le quali siano state destinate dal proprietario all'uso continuo della*

cosa principale (§ 294), la qual massima è manifestamente da estendersi ai materiali che si trovano sul sito della fabbrica.

Ma, è sarebbe forse l'imprenditore obbligato a indennizzare il proprietario del fondo pella cessione del muro in di lui proprietà? No assolutamente. Il § 483 non lo prescrive, nè poteva prescriverlo; poichè l'edificatore con ciò nulla guadagna, mentr' egli coll' incontrare delle spese ragguardevoli, non fa che porsi in grado di esercitare il diritto che gli compete.

Un altro, ma alquanto più difficile quesito è, se l'imprenditore il quale costruisce il muro soltanto a sue spese, acquisti contemporaneamente anche la proprietà del suolo su cui è fabbricato il muro? giacchè il § 483 dispone soltanto riguardo al muro, nè fa veruna menzione del fondo. E si potrebbe forse inferirne che la proprietà del fondo resti riservata al padrone di esso? Giammai; poichè lo spirito dell'anzidetto § è fondato manifestamente nel principio, che col rinunziare il muro in proprietà dell'edificatore, cessar debba interamente la servitù; poichè le servitù vengono sempre esercitate soltanto sopra la cosa altrui, mai nella propria, di maniera che nel concreto caso verrebbe dessa ad ulteriormente sussistere, qualora il proprietario avesse da tollerare il muro altrui sul fondo suo; laddove nascerebbe poi l'ulteriore quesito: si potrebbe mai immaginare il caso, che in forza d'una servitù si possa possedere un edifizio o un

muro sopra il fondo d'un terzo? Qui pure è da rispondersi negativamente, poichè in forza dei §§ 417-419, la massima che si trova nel diritto romano: *quidquid solo inaedificatur, totum cedit solo*, è stata introdotta da noi nel senso che il proprietario del fondo acquisti sempre anche la proprietà dell'edifizio, sia che la fabbrica sia stata eseguita in buona o in mala fede. Il § 418 vi oppone l'unica eccezione, cioè, che se il proprietario del fondo fosse consapevole della costruzione dell'edifizio, e non l'avesse tosto interdetta a chi fabbricava di buona fede, in tal caso quest'ultimo verrebbe ad essere non solo proprietario dell'edifizio, ma ben anche del fondo. Il motivo filosofico ne è, perchè la riserva della proprietà del fondo sul quale si trova un edifizio, sarebbe una mira inconseguente, non avendo il proprietario da sperarne mai un vantaggio, ma piuttosto a temerne del danno coll' aver da sostenere ulteriormente i pesi al fondo inerenti. L'unica eccezione sarebbe, se avesse avuto luogo una separazione della proprietà diretta dalla proprietà utile (§§ 417-419, ciocchè, a senso del § 360 non può giammai presumersi, mentre *nel caso che non apparisca espressamente, qualunque possessore di buona fede dee risguardarsi come avente la piena proprietà*. Ora essendo provato che la legge, nel caso che dichiari alcuno proprietario dell'edifizio, lo risguarda anche proprietario del fondo su cui è eretto, questa massima dee valere anche riguardo al padrone del fondo

serviente, il quale colla ricostruzione del rovinato muro ha acquistato l' esclusiva proprietà del medesimo.

Art. LXXXVII. Qui poi nasce il quesito, se si debba pagare al proprietario il valore del fondo? Parerebbe di sì, poichè sebbene il menzionato § 418 prescriva che *se alcuno fabbricò in buona fede, e il proprietario del fondo non abbia tosto interdetta la costruzione dell' edifizio, l' imprenditore acquista tanto la proprietà dell' edifizio, quanto anche del fondo*, lo stesso § ordina altresì, *che l' imprenditore sia obbligato a pagare il prezzo comune del fondo*. È però evidente che fra questo caso, e quello in discorso non havvi alcuna identità; poichè il § 418 presuppone il caso che all' edificatore non competa verun diritto sopra il sito della fabbrica, e per conseguenza egli deve risarcire al proprietario del fondo il valore di quello per la massima così sovente pronunciata dal Codice *che nessuno debba arricchirsi con danno altrui*. Questa massima giuridica non è però sotto verun aspetto applicabile al possessore d' una servitù, il quale ha rifabbricato il muro serviente del tutto a sue spese; siccome egli ha un diritto reale sopra il luogo della fabbrica, la legge lo autorizza ad erigere di nuovo il muro caduto, e qualora egli lo faccia costruire puramente a sue spese, il chiaro tenor letterale della legge gli accorda l' esclusiva proprietà del muro senza verun risarcimento. Ed essendo altronde provato che il fondo stesso viene a lui contemporaneamente devoluto, egli

non deve ugualmente essere sottoposto a risarcimento alcuno, mentre, *ciò che vale per la cosa principale, dee valere anche per l'accessoria* (a). Questa massima dev' es-

(a) Temo che si vorrà qui censurarmi, perchè io dichiaro il muro per la cosa principale, e il fondo per l'accessoria, in tempo che la legge dichiara sempre il fondo come la cosa principale, e la fabbrica, le piante, o i seminati che vi si trovano, come la cosa accessoria (§§ 417-421). Io non credo tuttavia meritare tal critica; perchè il § 404 il quale spiega l'idea dell'accessione, dice: *È accessione tutto ciò che nasce dalla cosa, o ad essa si aggiunge.* Da ciò ne viene, stante quest'alternativa, che non si può sostenere nè che tutto sia accessione, ciò che nasce dalla cosa nostra, nè che sia tutto accessione ciò che ad essa si aggiogne. Si può anzi supporre che possa dalla cosa nostra nascere qualche cosa senza che divenga nostra; poichè la legge ammette, ch'essa possa essere devoluta anche a colui, alla cosa del quale si aggiugne, come ciò ha luogo di regola riguardo ad un edifizio fabbricato a nostre spese sul fondo d'un terzo (§ 418). Viceversa si può benissimo immaginare il caso, che siasi aggiunta qualche cosa alla cosa nostra, senza che sia, malgrado ciò, a noi devoluta; p. e. se ad un nostro arnese venisse attaccato un manubrio altrui, oppure legata al nostro anello una pietra di ragione di un terzo (§ 415). Qui si vede che il legislatore risguarda come cosa principale or quella dalla quale nasce qualche cosa, or quella cui si aggiugne qualche cosa. La cosa principale in ogni evento è poi innegabilmente quella al di cui proprietario si devolve una cosa nata di nuovo, o una cosa altrui. Io dunque ammetto, che il fondo di regola sia la cosa principale; poichè gli viene in generale attribuito tutto ciò che vi si fabbrica, pianta e semina; tuttavia, siccome il § 418, devolve la proprietà del fondo all'edificatore di buona fede, (qualora il proprietario fosse stato consapevole della costruzione dell'edifizio): e il § 483 al padrone del fondo serviente, il quale ha costrutto il rovinato muro esclusivamente a sue spese, io credo che il fondo in giusto senso legale assuma il carattere di cosa accessoria, poichè sarebbe una legale assurdità il devolvere la cosa principale al proprietario della cosa accessoria.

sere tanto più applicata al presente caso, perchè sparisce perfino ogni ombra d' equità, di dover risarcire il valore del sito della fabbrica, per la ragione che qui non si può già dire dell'imprenditore come di chi fabbrica in buona fede sopra un fondo di un terzo, ch' egli si arricchirebbe senza verun giusto titolo dell' altrui proprietà, poichè desso nulla guadagna, e si mette soltanto di bel nuovo a portata di esercitare la costituitagli servitù nel modo che gli compete.

Art. LXXXVIII. Mentre però sostengo che va devoluto all' edificatore l'intero muro con tutto il fondo sottopostovi, presoppongo eziandio, ch'egli, in forza del diritto di servitù, siasi trovato in possesso del muro intero; p. e. nel caso del diritto di servitù delle travi, se l' immissione delle medesime avesse avuto luogo dentro tutta la grossezza del muro, (§ 855) poichè in questo solo caso egli aveva acquistato il diritto a tutto il muro, diritto che contro il suo volere non poteva andar soggetto a restrizione. Fuori di questo caso, è duopo verificare sino a qual punto egli si trovasse in possesso del muro; mentre o che il suo diritto limitavasi ad una data porzione, p. e. alla metà della grossezza del muro, ovvero alla mera superficie esterna, p. e. onde potervi fermare qualche cosa. Nel primo caso gli verrà devoluta anche soltanto la metà del muro e del fondo, non essendogli stato per l' altra metà costituito il diritto di servitù; e potrebbe farsi valere soltanto una eccezione, qualora la metà del muro fosse troppo debole a sostenere il peso,

laddove si dovrebbe assegnargli della seconda metà tanta parte quanta ne richiedesse l'indole ed il fine della costituzione del diritto di servitù, venendo altrimenti ad annullarsene l'esercizio (§ 484). Nel secondo caso verrà assegnata in proprietà a chi ha il diritto di servitù tanta porzione di quanta ne abbisognasse, onde attivare l'uso della medesima (§ 484).

Nè temo già che si voglia obbjettarmi che il § 483 accordi all'imprenditore la totalità del muro senza veruna limitazione, potendo ciò aver certamente luogo solo nell'ipotesi, che il muro sia sottoposto alla servitù in tutta la sua grossezza, ma non già quando non lo fosse, il qual caso verificasi manifestamente secondo il disposto dal § 855, quando p. e. mediante l'immissione delle travi si fa uso del muro soltanto fino alla metà della grossezza.

Art. LXXXIX. In qual modo dovrà poi il possessore della servitù ricostruire il muro, quando il proprietario del fondo non voglia in proporzione concorrere alla spesa? Dovrà conservare assolutamente la forma primiera? Siccome l'edificatore diventa proprietario esclusivo del muro, sarà egli eziandio autorizzato a dargli quella forma che più gli piacesse, e per conseguenza anche qualsivoglia altezza, ancorchè in tal guisa venisse ad essere dannoso al vicino relativamente al prospetto, alla luce, ed all'aria, mentre l'illimitato diritto di fabbricare sul nostro, rimane sempre, quand'anche cagioni pregiudizio al vicino, uno sfogo della libertà naturale. (Art. XXXIV, XXXVII).

Art. XC. Per ciò che concerne il secondo quesito menzionato all'art. LXXXVI, cioè se il proprietario del fondo serviente rifabbricasse bensì il muro sul dovuto luogo, ma talmente debole, per cui non fosse atto a ricevere e sostenere i travi ed il peso che questi debbono portare, è da vedersi, se siamo al momento in cui si dispone il necessario pella costruzione del muro, ovvero se desso fosse ormai rifabbricato. Nel primo caso la parte avente il diritto di servitù sarà autorizzata a vietare l'innovazione, poichè questo diritto è accordato dal § 340 a qualunque possessore di un diritto reale, quando corresse pericolo d'essere pregiudicato nei suoi diritti colla costruzione d'un nuovo edifizio o d'un'altra opera (a). La servitù è pure una specie di diritto reale (§ 308). Se dunque il proprietario del fondo serviente vuol costruire il muro egli è obbligato a conservare la primiera forma e qualità (b), ben inteso però sotto la condizione che

(a) L. 5, § 9 *de novi op. nunc.*

(b) Secondo il diritto romano chi ha il diritto di servitù non può obbligare il padrone del fondo serviente a ricostruire il muro, *nam servitus non ea natura est ut aliquid faciat quis, sed ut aliquid patiatur, aut non faciat L.* 15, § 1 *D. de Servit.* Riguardo alla servitù *oneris ferendi* la più parte de' Giureconsulti sostiene, che chi è soggetto alla servitù sia obbligato alla ricostruzione del muro. In altro luogo io tuttavia proverò, che quest'obbligo, preso a rigore, non nasce dalla natura di questa servitù, ma da una convenzione presupposta dalle leggi. I giureconsulti sono poi fra loro discordi, se rispetto alle altre servitù una parte possa costringere l'altra alla ricostruzione della cosa. Veggasi *Vestfalo de libertate et servitutibus, praediorum* § 575. Io ritengo che non si possa mettere

la parte dominante sia disposta a concorrere alla necessaria spesa nella quota proporzionata al godimento; giacchè se vuole rifiutarsi il proprietario del fondo può terminare a suo grado la fabbrica, ed il diritto della parte dominante sarà perduto per sempre; la qual asserzione è giustificata per analogia di diritto, dal § 483, il quale dispone che lo stesso padrone del fondo perde la sua proprietà quando dissenta da contribuire proporzionatamente alla spesa necessaria alla riparazione della cosa.

Art. XCI. Se poi l'opera fosse compiuta senza che la parte dominante avesse fatto uso del rimedio legale d'invocare il divieto della medesima, sebbene avesse potuto valersene, giacchè presuppongo che sia stata consapevole d'una tale costruzione, essa non potrà pretendere la demolizione dell'opera (§§ 340, 418), ma soltanto il prezzo comune del diritto annullato mediante la fabbrica (*a*). Anche questa proposi-

in dubbio che vi si potesse obbligare il possessore della servitù, perchè nella L. 6, § 2, è detto: *nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet qui sibi servitutem asserit, non ad eum cujus res servit*, la qual legge fa però sola eccezione circa la servitù *oneris ferendi*. Se vien rifabbricato il muro, lo deve essere nella qualità di prima. Ulpiano dice nella L. 6, § 5. *Si serv. vind. modus autem refectionis in hac actione ad eum pertinet, qui in servitute imposita continetur, forte ut reficiat lapide quadrato, vel lapide structili, vel quovis alio opere, quod in servitute dictum est.* Quasi dello stesso tenore è la L. 3, § 15 *et* 16. *D. de it. actuque priv.*

(*a*) L. 28. *D. commun. pred.*

zione la sostengo, per analogia di diritto col § 418; eccone il tenore: *Il proprietario del fondo, ch' essendo consapevole della costruzione dell' edifizio non l' abbia tosto interdetta a chi fabbricava di buona fede, non può esigere che il prezzo comune del fondo*; in conseguenza anche il possessore d' una servitù, qualora sia stato consapevole della costruzione dell' opera non l' abbia interdetta al proprietario del fondo, non potrà già pretendere che la cosa sia restituita nello stato pristino, ma esigere soltanto il prezzo comune dell' annullata servitù, poichè in amendue i casi v' è una vera identità di diritto, trattandosi in cadauno della perdita d' un diritto in forza d' un fatto illegale, in cui non ha che fare l' obbietto del diritto.

Art. XCII. Ma e dovrà egli accontentarsi realmente del valore ordinario, o potrà forse pretendere pieno soddisfacimento, non potendosi altrimenti supporre, se non che l' edifizio sia stato eretto di mala fede, mentre il proprietario del fondo dovea ben sapere a quali servitù egli era soggetto? Parerebbe che il possessore della servitù avesse diritto al pieno soddisfacimento, poichè i §§ 1324 e 1331 si esprimono in questo senso: *Nel caso di danno cagionato con dolo, il danneggiato può domandare il pieno soddisfacimento.* Allo stesso effetto dichiara pure il § 417; che nel caso in cui alcuno esiga scientemente con materiali altrui un edifizio, conserva bensì la proprietà del medesimo, ma debba pagare al danneggiato i materiali al prezzo sommo, e sia inoltre risponsabile di qualunque altro

danno. Nulla-meno io sono di parere, che quegli il quale ha il diritto della servitù non possa pretendere che il prezzo comune. Imperocchè sebbene il proprietario del fondo abbia di mala fede intrapresa la fabbrica, non si può già fare a meno di riflettere che anche il possessore della servitù si è reso colpevole di mala fede, non avendo invocato il divieto della fabbrica stessa ch' eragli pur troppo nota, conseguentemente ch' egli ha pure colpa alla cessazione del diritto di servitù, che anzi col suo silenzio ha in certo modo indotto l' imprenditore a credere ch' egli volesse rinunziare al suo diritto. Ma quanto peso riponga la legge nella circostanza, se nel danno concorra anche la colpa del danneggiato, rilevasi dal § 1304 il quale prescrive che questi lo porti proporzionatamente coll'autore del danno, e non potendosi determinare la proporzione, che lo portino in parti uguali. Non è dunque da parlarsi di prestazione d' un pieno soddisfacimento, ma in ogni caso della indennizzazione del prezzo comune, e ciò anzi per analogia di diritto col § 418; mentre siccome esso prescrive che il proprietario del fondo, il quale era consapevole della costruzione dell'edifizio, possa nulla meno esigere il prezzo comune del fondo, deve competere anche al proprietario del fondo dominante il diritto al prezzo comune della servitù annullata, quantunque fosse stata a sua saputa l'erezione della fabbrica illegale. Contro questa opinione pare tuttavia che oppongansi le stesse parole del § 418, perchè dicendo in fine, che se il proprietario del fondo fosse sta-

to consapevole della costruzione dell'edifizio, e non l'avesse tosto interdetta *a chi fabbricava di buona fede*, non può esigere che il prezzo comune del fondo, si potrebbe dedurne, che l'edificatore nel caso in cui l'opera venga terminata *di mala fede*, debba risarcire non solamente il prezzo comune, ma per analogia di diritto, a senso del § 417, il sommo valore del fondo. Ciò sarebbe però un errore manifesto, imperciocchè se chi fabbricò ha proceduto di mala fede, ha il suo pieno effetto la massima generale espressa in quel §, cioè che l'imprenditore venga equiparato a chi senza mandato amministra le cose altrui, in conseguenza, che non possa pretendere se non che le spese di costruzione tendenti alla conservazione perenne della cosa, oppure al prevalente vantaggio del proprietario del fondo; che del resto l'edifizio vada realmente devoluto al proprietario del fondo (§ 1036, 1038). Non occorre al certo provare che questo non è assolutamente un caso identico con quello da me premesso, mentre il § suppone, che l'imprenditore abbia terminata la fabbrica sul fondo altrui, ed io invece suppongo sopra il fondo proprio, ma però con saputa della parte avente il diritto di servitù. Io credo soltanto di trovare in questo § una prova per la giustezza della conseguenza dal più al meno; cioè siccome a tenore di esso, il proprietario del fondo non può pretendere la demolizione dell'edificio eretto con sua saputa sul suo fondo e non interdetto, ma deve accontentarsi del prezzo del fondo, così io ritengo, che anche il possessore della servitù, a meno che non

abbia interdetta la costruzione dell'opera alla parte serviente, potrà tanto meno pretendere la restituzione della cosa nello stato di prima, ma bensì ugualmente accontentarsi del valore comune della servitù, il di cui esercizio viene ad essere dalla fabbrica impedito. Se non bastasse questa prova, sono a disposizione ancor altri passi di legge, ed in particolare il § 1332, senza bisogno di citare anche il § 1331, secondo cui, un danno cagionato deliberatamente, il quale è già da supporsi per parte d'un edificatore di mala fede, accorda il diritto al risarcimento; mentre conviene pure riflettere che il possessore della servitù deve ascrivere il danno a sè medesimo, non avendo invocato il divieto della fabbrica, di modo che questa colpa deve anche togliergli ogni diritto al pieno soddisfacimento; giacchè come si potrebbe in senso della legge allegare un danno cagionato deliberatamente, quando si poteva in un modo così facile impedirlo, che in conseguenza si lasciò consumare con propria saputa, quindi con ponderazione?

Del resto è poi fuor di dubbio che l'imprenditore della fabbrica può esimersi da ogni obbligo di risarcimento, qualora egli sia disposto ad atterrar l'edifizio a proprie spese, ed alla costruzione del muro nello stato di prima a spese comuni (§ 483); in questo caso sparisce qualunque titolo onde pretendere il risarcimento del danno. Nel rilevar poi il valore ordinario del muro, come proverò nel prossimo articolo, è da dedursi quella quota di spesa alla quale la parte

dominante avrebbe dovuto concorrere pella ricostruzione del muro.

Art. XCIII. Nel terzo caso finalmente menzionato all' art. LXXXVI: se il proprietario d' un fondo erigesse sopra il terreno ad uso di pascolo inondato di sabbia, e di sassi un edifizio, od altra opera qualunque, la quale impedisse per sempre l'esercizio della servitù, sarà in generale di ragione quanto si è detto all' articolo precedente; cioè chi ha il possesso della servitù può domandare il divieto della fabbrica, ma se trascura di valersi di questo diritto, non potrà più pretendere la demolizione dell' edifizio, per non aver usato di un rimedio dalle leggi conceduto gli (340 e 418), ma potrà esigere il risarcimento del danno, nè resta a sapersi se non che in quale misura ? L'obbligare l' imprenditore al pagamento del prezzo comune del pascolo anteriore verificando il valore dell' approssimativo utile annuo e riducendolo a capitale in ragione del cinque per cento, sarebbe manifestamente cosa ingiusta, perchè, se ben si esaminano tutte le circostanze, è facile il ravvisare che al padrone del fondo dominante non potrebbe forse competere il diritto nè meno alla decima parte di quel rilevato importo, e fors' anche a nulla affatto; poichè io premetto già che quel fondo sia stato talmente ingombrato da rena e da sassi, che senza un notabile dispendio non avrebbe più potuto ridursi ad uso di pascolo. Questa spesa dovrebbe essere sostenuta dalla parte dominante e serviente in quella proporzione

in cui avevano da godere del pascolo. (§§ 483, 487, 494) (a).

(a) Di regola non può tuttavia una parte obbligare l'altra a concorrere a questa spesa; non la dominante quella che serve, perchè le servitù d'ordinario non consistono già nel fare qualche cosa, ma soltanto o in una tolleranza, o in una omissione (§ 482); non può nè meno la serviente, di regola, costringere la dominante, opponendosi all'idea d'un diritto che la parte serviente possa essere autorizzata ad obbligare la dominante a far valere il suo diritto, mentre si verrebbe con ciò a confondere evidentemente il debitore col creditore. Tuttavolta se si tratta che la dominante, la quale trovasi in esercizio del suo diritto di servitù non conserva in istato servibile la cosa che serve, o gli strumenti a mezzo de' quali si esercita la servitù, per cui ne ridonda del danno od incomodo alla parte serviente, p. e. se sussistendo la servitù dell'acquidotto, le canne, o trombe che conducono l'acqua fossero guaste, cosicchè dessa sortisse in pregiudizio della parte servieute, questa potrebbe di regola spiegare la sua azione, non già onde venissero accomodate le trombe, ma bensì per far cessare l'acquidotto dannoso, poichè non si può chiedere se non ciò ch'è fondato nell'obbligazione (§ 919) (*in id agendum est, quod est in obligatione deductum*). Ma se il caso fosse di natura tale, da non potersi riparare il danno che mediante un pronto ristauro, come sarebbe, se un muro minacciasse rovina, si potrebbe istituire l'azione per la riparazione del muro fondata nella circostanza, che il danno, il quale dev'essere impedito dall'altra parte, non può evitarsi se non col restaurare immediatamente il vecchio muro, o coll'erigerne uno nuovo. Io presuppongo però che soltanto la parte dominante tragga vantaggio dalla cosa guastata, e non anche la serviente, poichè se ne fanno uso amendue p. e. delle trombe dell'acqua, o del muro difettoso, debbono anche amendue concorrere alla spesa di riparazione; giacchè in caso diverso il rifiuto del padrone del fondo serviente porterebbe seco la perdita del diritto di proprietà (§ 483) e per analogia di diritto di questo §, la perdita del diritto di servitù pel padrone del fondo dominante (art. XCI).

Se dunque vien fatta la perizia del diritto di pascolo, devesi anche diffalcare in proporzione la spesa da quel valore che aveva il diritto di pascolo, e potrà darsi facilmente che dessa prevalga di molto al valore del primiero diritto del pascolo.

Ho veduto in qualche luogo delle ville coperte di materiali alti più *Klafter* (*) rovesciativi dalle acque che precipitarono dalle montagne. Quelle ville non possono più dai loro primi proprietarj essere ridotte ad uso di economia rurale, essendo il suolo talmente ingombro di sassi, che non è più atto alla produzione.

In tal caso chi aveva il diritto di pascolo, se un proprietario una volta si risolvesse d'erigere sopra il deserto suolo un edificio, non potrebbe al certo pretendere verun risarcimento, poichè il valore della cessata servitù verrebbe ad essere superato di molto dalla spesa assai più considerabile necessaria a rimettere il pascolo allo stato di prima.

Art. XCIV. Ma e potrà la parte dominante spiegar forse, almeno in parte, qualche diritto sopra il nuovo edifizio? mentre essa, in proporzione dell'accordatogli diritto di pascolo, era da considerarsi, se non per sè medesima, almeno in quanto agli effetti, quale comproprietaria del fondo, e ciò maggiormente perchè a tenore del contratto col proprietario essa era in diritto di ritrarre dal pascolo un profitto uguale e fors'anche maggiore, e appunto perciò il proprietario

(*) V. pag 52.

del fondo era interamente limitato negli altri suoi diritti di proprietà, giacchè non poteva p. e. convertire il pascolo in uno stagno, o in un campo. Se il dominante è quindi da considerarsi sotto un giusto aspetto come comproprietario, gli dee anche essere devoluto l' edifizio eretto sul suolo del pascolo per metà, o almeno in quella proporzione in cui gli era costituito il diritto di godimento, imperocchè l' edifizio, di regola, si devolve sempre al proprietario del fondo, e se appartiene a molti, a tutti quelli che vi hanno parte (§§ 418, 839).

Art. XCV. Una tale asserzione però contiene manifestamente molti errori, poichè il diritto d'una servitù differisce essenzialmente dal diritto di comproprietà. Il primo non accorda nè un diritto alla sostanza, nè alla proprietà utile, epperò chi ha il diritto di servitù non può migliorare la forma della cosa, p. e. disfare il pascolo, concimarlo, e ridurlo a coltura con trifoglio, nè arrogarsi verun altro diritto, che non gli sia stato espressamente accordato. Egli non può p. e. neanche nel caso della costituzione del diritto di pascolo, tagliare l' erba, molto meno far piantagioni (a), e siccome la servitù gli è stata conferita a vantaggio del suo fondo, egli non la può nè meno disgiugnere dal medesimo, e in conseguenza trasferirla ad altra cosa o persona. Queste massime sono pronunciate dal tenore letterale dei §§ 502 e 485 e debbono applicarsi a tutte le qualità di servitù; anzi

(a) L. 5, D. *de Serv.* L. 13, § 4, D. *de usuf.*

il disposto dal § 502, perchè il § 503 ne ordina espressamente l' estensione; il disposto dal § 485, perch'esso pronunzia una massima che suona in generale.

Di tutt' altra natura affatto è il diritto del comproprietario. Compete a questi un diritto uguale come al suo consorte, tanto sopra la sostanza come sopra gli utili della cosa (§§ 354, 361); *fin a tanto che essi sono d' accordo, rappresentano una sola persona, ed hanno diritto di disporre ad arbitrio della cosa comune. Sè non si accordano, nessuno dei consorti può fare innovazione nella cosa comune, colla quale si disponesse della porzione d' un altro* (§ 828). *Del resto ognuno di essi può ad arbitrio, indipendentemente legare od in altro modo alienare la sua porzione, o gli utili della medesima* (§ 829). Se inoltre si considerano i diritti del padrone del fondo serviente a fronte del possessore della servitù, emergono fra i loro diritti essenziali differenze; mentre il diritto di proprietà del primo viene limitato semplicemente in quanto il comporta l' indole ed il fine della costituita servitù (§ 484) (*b*). Fuori di questo caso, egli può usare a suo grado della superficie come dell' interno del suolo, in conseguenza tagliar l'erba, migliorare o cambiare la forma, p. e. convertire un pascolo sterile in un campo, nell'ipotesi però che il pascolo sia conceduto soltanto dopo la mietitura; e che si abbia fondamento di sperare maggior prodotto d'erba

(*b*) L. 5, § I, de S. P. U.

di pastura dal campo di stoppie, che dal fondo stesso del pascolo; anzi egli sarebbe autorizzato a piantarvi degli alberi ed erigervi degli edificj, qualora però il diritto di pascolo non venisse ad essere pregiudicato (c); la qual cosa non è da temersi quando il pascolo sia tanto grandioso, che produca foraggio in assai maggior abbondanza di quello che possa occorrere per la greggia di chi vi ha diritto. All'opposto il diritto della parte dominante è ristretto esclusivamente a quella facoltà che gli fu realmente accordata, o che si è acquistata in forza della prescrizione, ed è escluso da qualunque altro diritto per disposizione di legge (d), e quando non possa esercitarlo, il suo diritto è

(c) *Sic enim debere quem meliorem agrum suum facere, ne vicini deteriorem faciat* L. 1, § 4 *D. de aquae pluv. arc. Parietem autem meliorem quidem, quam in servitute impositum est, facere licet: deteriorem si facit, aut per hanc actionem, aut per operis novi nunciationem prohibetur L. 6 D. si serv. vend.*

(d) Questa massima è da applicarsi, giusta il disposto dal § 503 a tutte le altre servitù. Si può dunque con ragione inferirne che quegli al quale compete il diritto di tagliar legne in un bosco, non ha diritto di pascolarvi il suo bestiame; e colui al quale fu costituito l'usufrutto d'una abitazione, non è autorizzato, qualora rovinasse l'edifizio, ad usare dello spazio del suolo ov'esso trovavasi, convertendolo in un orto, o facendovi altre piantagioni, massimamente perchè l'abitare una casa, contrasta assai più colla piantagione, che non il tagliar l'erba col diritto di pascolo (§ 502). I Romani la pensavano così, poichè la L. 5, § 2. *D. quibus modis, ususf. amit.* parla in questi termini: *Rei mutatione interire usufructum placet, veluti: usufructus mihi aedium legatus est, aedes corruerunt, vel exhustae sunt, sine dubio extinguitur. An*

interamente perduto. Se dunque, p. e. venisse sul fondo del pascolo eretto un edifizio, egli non può spiegare sopra di esso alcun titolo, poichè il diritto di pasturare non ha nulla di comune col diritto di usare di un edifizio.

Da questo sviluppo d' idee, ne viene che le servitù debbono essere interpretate a rigore. Qui però non intendo assolutamente d' esprimere che possa essere lecito togliere qualche cosa, od arrecare detrimento ai diritti della parte dominante, ma sibbene, che a misura del bisogno dell'uso, e in generale dei limiti del diritto che potessero emergere o dal contratto, o dalla indole e dal fine della costituzione delle servitù, come pure dalla località, venga il dominante circoscritto entro tali confini (e), che viceversa egli sia poi anche autorizzato ad esercitare in tutta l'estensione della parola, oppure giusta l' idea che manifestamente appare dalla natura della servitù, nel più ampio senso della medesima, il diritto statogli effettivamente conceduto. Sarà dunque da omettersi soltanto ciò ch'esclude lo scopo della servitù; ma

et areae? Certissimum est, exustis aedibus nec areae, nec caementorum usufructum deberi.

(e) *Servitus ulterius extendi non potest, quam usus et necessitas fundi dominantis exigit. L. 5, D. de serv. Concessiones generales civiliter sunt accipiendae, et moderationem ex statuto, consuetudine Patris familias et loci, atque qualitate praedii accipiunt arg. L. 11. D. de S. P. U. L. 3. C. de aedif priv. L. 50 § fin. de Leg. 1; L. 34 de R. I*

si avrà altronde diritto a tutto ciò che richiede lo scopo della medesima, ed in questo appunto consiste il vero spirito del § 484 ove dicesi: *ma le servitù non si debbono estendere, anzi ristringere per quanto il comporta l'indole di esse, ed il fine per cui furono costituite.*

Se il titolo dell'acquistata servitù consiste nella prescrizione, l'estensione del diritto è in conseguenza anche il suo limite, sono da desumersi dallo stato del possesso, poichè si è acquistato per diritto d'usucapione solamente quel tanto che si è posseduto (*f.*)

XCVI. Ma cosa sarebbe di ragione qualora l'edifizio fosse stato eretto segretamente e in generale sotto circostanze tali, che la parte dominante non avesse potuto scoprire la nuova fabbrica, nè per conseguenza valersi della facoltà di invocarne il divieto?

Se l'imprenditore ha trascurato di riportare l'approvazione politica (art. XXV) necessaria per ogni fabbrica nuova, egli non ha, di regola, che da temere, che la stessa autorità politica lo costringerà alla ripristinazione della cosa; in ogni evento il padrone dominante ha la facoltà di presentare il relativo ricorso ai Tribunali (§§ 340, 341, 1038.) Egli non dee però indugiare ad insinuare

(*f*) *Tantum praescriptum, quantum possessum L. 1, § 4, D. de itin. actuque priv.* D'onde la regola giuridica; *Sicut concessio, ita quoque praescriptio certos limites et terminos habet.*

la sua azione (§§ 313, 351, poichè altrimenti l'edificatore va a divenire in possesso del diritto proibitivo (§ 1459,) il quale, decorso il termine della prescrizione, porterebbe seco la cessazione totale della servitù (1488).

Art. XCVII. Mentr'io però asserisco, competere in ogni caso al dominante una tale azione, presuppongo eziandio al tempo stesso che sia possibile il ridurre la cosa allo stato di prima nel modo necessario per l'esercizio della servitù; giacchè altrimenti il diritto di servitù sarebbe da considerarsi come cessato per sempre (§ 525,) ma competerebbe però pieno soddisfacimento al possessore della medesima. Se dunque è possibile restituire la cosa in pristino stato, suppongo ulteriormente, che nel caso in cui prima di cominciare arbitrariamente l'opera, qualche casuale avvenimento avesse impedito l'esercizio della servitù, p. e. perchè il pascolo fosse stato ingombrato tutto da sabbia e sassi (art. XCIII,) il padrone della servitù fosse disposto a sostenere o in proporzione la spesa occorrente a rimovere l'impedimento, oppur anche tutta intera, quando il proprietario del fondo non volesse concorrervi colla debita quota (§483). Mentre non volendo la parte dominante adattarsi nè all'uno nè all'altro dei due partiti, non avrebbe nemmeno diritto a pretendere la restituzione in pristino stato, giacchè dessa non sarebbe in grado di appoggiare la propria pretesa ad altro, se non che alla servitù che un tempo com-

petevagli, ma, cessata in forza d'un accidentale avvenimento; se dunque non si vuol adattare alla spesa occorrente, senza di cui non può più immaginarsi di poter esercitare la servitù, essa non può nemmeno allegare il diritto della servitù. Anzi io sono di parere che qualora le spese della riparazione avessero a superare il valore del pascolo che dovrebbesi restituire allo stato primiero, la parte dominante non potrebbe assolutamente pretendere, verso l'offerta di assumere essa sola tutte le spese di riparazione, a senso del § 483, il possesso in proprietà del pascolo stesso. Imperciocchè io considero, conformemente allo spirito della legge, come del tutto perito un fondo, quando le spese di riparazione sorpassino il valore di esso; mentre in un caso simile nessun savio padre di famiglia, ed al più uno sprecatore, vorrebbe risolversi a cotesto dispendio; ma i sentimenti di prodigalità della parte dominante non possono al certo far perdere al padrone del fondo la sua proprietà che ora gli divien utile per erigervi una fabbrica. Che il nostro legislatore voglia che si rispetti questo morale principio qual norma legale, si può per analogia di diritto dedurlo dal § 843, considerando esso una cosa per indivisibile qualora non possa dividersi senza grave diminuzione del valore; conseguentemente è da considerarsi, in giusto senso, come non più restituibile allo stato primiero una cosa, quando la spesa occorrente verrebbe ad eccedere il valore della cosa ridotta al divisato stato di prima. Del resto ognuno

può dividere la cosa propria per quanto preziosa possa essere, nei più piccoli pezzi senza valore, o dissipare il suo danaro sulla cosa propria (362). Ma non può ad alcuno competere, secondo lo spirito del nostro Codice, in mancanza d'un contratto positivo, il diritto di costringere il terzo a disporre della cosa sua in modo uguale, massime che tutti i rapporti giuridici, sia l'origine loro un contratto o qualunque altro titolo legale, sono sempre da dichiararsi giusta quella ragionevole intenzione che suole riunire gli uomini giusti e morali dotati d'un grado comune di diligenza e d'attenzione (§ 1297) conchiudere un affare di diritto, mentre i contratti debbono a senso del § 914 interpretarsi secondo le stesse regole con cui s'interpretano le leggi. Il nostro legislatore ha in molti passi di legge dimostrato tanto rispetto per un ragionevole sentimento di economia, che sottopose ad esso perfino la moderazione della sfera dei diritti tanto riguardo allo persone, che alle cose. Così p. e. viene sottomesso a curatela un prodigo (§ 273); la sregolata condotta d'un conjuge per la quale una parte considerabile dei beni del conjuge querelante sia posta in pericolo, è un motivo sufficiente per domandare la separazione di letto e di mensa (§ 109); non può neanche un possessore di buona fede pretendere il compenso delle spese fatte per semplice voluttà, od ornamento, a meno che non sia stato colle medesime realmente accresciuto il valore comune della cosa (§§ 332).

INDICE DELLE MATERIE

DEI SINGOLI ARTICOLI

DEL QUARTO CAPITOLO

intorno al non uso delle servitù

INDICE

Art. XCVIII. *Se la cosa dominante o serviente perisce, e che o l'una o l'altra venga restituita in pristino stato soltanto dopo il decorso di trent'anni, la servitù affermativa è estinta per sempre, ma non così anche cadauna servitù negativa.*

XCIX. *Il diritto d'esercizio competente in forza d'una servitù affermativa, non ha l'indole d'un diritto della libertà naturale, e per conseguenza è sottoposto alla prescrizione.*

C. *Non possono tuttavia andar soggetti alla prescrizione i diversi modi dell'esercizio d'una servitù che realmente si gode.*

CI. *Onde sia prescritta una servitù affermativa, si richiede che la parte serviente siasi opposta all'esercizio, solo qualora si voglia compiuta la prescrizione dentro tre anni, ma non già nel periodo di trenta.*

CII. *Riguardo a quelle servitù il di cui esercizio consiste nell'intraprendere qualche fatto di tempo in tempo, l'omissione di esso fonda eziandio il non uso.*

CIII. *Rispetto poi a quelle servitù, l'uso delle quali non può altrimenti aver principio, se non dopo costrutto un edifizio od altra opera, convien distinguere, se oltre a tale costruzione, debbasi, o no, per l'esercizio, intraprendere di tempo in tempo un fatto; in quest'ultimo caso il non uso comincia a decorrere soltanto dal momento della totale distruzione dell'opera.*

CIV. *Nel primo caso, dal momento in cui viene omesso il fatto.*

CV. *Si abbattono le ragioni d'alcuni civilisti, i quali pretendono che nel primo caso, la sussistenza dell'opera fondi l'esercizio.*

CVI. *Ulteriori argomenti in appoggio della mia opinione.*

CVII. *Mediante l'esercizio d'un diritto accessorio, ossia secondario, si mantiene in vigore il diritto principale.*

CVIII. *Quali servitù siano, giusta lo spirito del Codice, da considerarsi come* servitutes continuae, *e quali come* discontinuae?

CIX. *Non è stata ancora regolarmente discussa la quistione, se spetti alla parte serviente, o dominante la prova intorno al non uso d'una servitù? Dipenderà dalla verificazione se si possa provare la proposizione negativa, e se talvolta debba essere provata.*

CX. *In questo particolare è d'uopo distinguere fra le servitù interrotte, e quelle operative di tempo*

in tempo; riguardo alle prime dipenderà dalla circostanza, se la parte serviente sostenga non essere stata mai intrapresa l' opera necessaria onde esercitare la servitù, oppure che sia stata di nuovo interrotta; nel primo caso, la prova incumbe alla parte dominante.

CXI. *Nel secondo caso alla parte serviente.*

CXII. *In quanto alle servitù operative di tempo in tempo, se trattasi di quelle che per esercitarle non abbisognano d' una fabbrica, ma d' un fatto ripetuto, è la parte dominante che dee provare d' aver esercitato questo fatto.*

CXIII. *Essa non può già esimersi dall' obbligo della prova, sotto pretesto non essere supponibile, che non abbia esercitato il suo diritto.*

CXIV. *Nè tampoco sotto pretesto che per essere il suo possesso inscritto nei registri pubblici, non possa venir obbligata a prestarne la prova.*

CXV. *In quanto alle servitù, le quali oltre alla costruzione d' un' opera abbisognano ancora di ripetuti fatti, vengono trattate secondo le massime stesse di quelle, che per esercitarle non richiedono verun' opera, ma bensì un replicato fatto.*

CXVI. *Ancorchè il fondo dominante o serviente venisse diviso senza saputa dell' altra parte, questa circostanza non produrrà tuttavia alcun effetto legale, nè riguardo al diritto dell' uso, nè riguardo al non uso.*

CXVII. *L'uso della servitù può aver anche mediante*

una terza persona luogo in nome della parte dominante.

CXVIII. *Nascendo qualche cambiamento intorno al diritto principale, od all' oggetto, sottentra eziandio un vero non uso, ma non così se viene cangiato il modo dell' esercizio.*

CXIX. *Se due proprietarii di fondi diversi convenissero di alternare fra loro, rispetto al tempo, non sarà da risguardarsi per un non uso.*

CXX. *Le servitù che presuppongono l' intraprendimento d' un' opera, non cessano mai ancorchè la parte dominante distrugga l' edifizio.*

CXXI. *Nulla cambiarsi nella natura della servitù pel semplice motivo, che per essersi cambiate le circostanze, sia divenuta dannosa alla parte dominante, ed utile alla serviente, ed ista quindi in arbitrio del primo il desistere dall' esercizio.*

DEL NON USO

DELLE SERVITÙ

CAPITOLO QUARTO

Art. XCVIII. Ora vediamo se nel caso che perisca il fondo dominante o serviente, oppure anche tutti e due ad un tempo, e che, quantunque nulla oppongasi alla loro ripristinazione, come sempre avviene, di regola, rispetto agli edifizj, non vengano restituiti allo stato primiero, continui sempre il diritto di servitù, e si possa quindi farlo valere senz'altro, venendo gli edifizj finalmente ricostrutti forse anche dopo il periodo di trenta o di cento anni?

Non v' ha dubbio che questa proposizione è da riscontrarsi affermativamente nel caso che l' interrotta servitù venga fatta valere di nuovo prima ancor che spiri il termine legale della prescrizione, (§§ 1479, 1488). Ma e potrebbe ciò sussistere anche qualora fosse trascorso il termine della prescrizione? È d'uopo distinguere fra le servitù affermative e negative. In

quanto alle prime, o che sono servitù urbane, o servitù rustiche. Le urbane, in generale, continuano sempre (art. CII, CIII), una volta che se ne abbia cominciato l'esercizio, p. e. la servitù di immettere le travi, d'appoggiare il peso, e vengono in conseguenza chiamate *servitutes continuae*.

L'esercizio delle servitù rustiche all' opposto, è soltanto temporaneo, e viene sempre interrotto, come p. e. il diritto di pascolo, di tagliar legne, per cui diconsi anche *servitutes discontinuae*.

Or dunque siccome tutti i diritti si estinguono, di regola, col non uso di anni trenta (§ 1479), così l'uso delle prime dee cominciare dentro questo periodo e non è da omettersi l' uso delle seconde per l' intero periodo istesso. Se però l' esercizio fosse stato interrotto in causa d' accidentale distruzione d' uno dei fondi che viene ripristinato, vale riguardo al nuovo uso quanto è di ragione rispetto all'uso primitivo, senza poter sostenere che la decorrenza del termine della prescrizione non possa cominciare, perchè a senso del § 1478, si prescrive col non uso soltanto quel diritto che poteva di sua natura essere esercitato, ma che nel concreto caso non può la servitù esercitarsi di nuovo, fin a tanto che venga rimesso in pristino stato il perito fondo, essendo quest'ultima proposizione falsa; mentre o è perito il fondo dominante, o il fondo serviente. Nel primo caso dipende dalla volontà del proprietario della servitù il restituire il suo fondo allo stato di prima, e l' impossessarsi di

nuovo della servitù; nel secondo caso poi è da riflettersi che incumbe ugualmente a lui medesimo di ripristinare la cosa destinata alla servitù (*a*) (§ 483), e procurarsi in tal guisa il mezzo onde poter esercitare i suoi diritti, che per conseguenza il nuovo uso dipende in amendue i casi dal suo volere (*b*.)

Per ciò che concerne le servitù negative, conviene ancora distinguere se sia perito il fondo dominante o serviente. Nel primo caso, come p. e. se mi compete verso il mio vicino la servitù ch'ei non tolga il prospetto alla mia casa, e questa rovinasse interamente, vale quanto si è motivato in merito alle servitù affermative, mentre colla ricostruzione del mio edifizio io posso già in ogni tempo procurare all'interrotta servitù il suo precedente vigore; non facendolo, debbono assolutamente colpirmi, a senso del § 1478, le conseguenze pregiudicievoli congiunte dalla legge col non uso d'un diritto, il quale avrebbe di sua natura potuto essere esercitato. E sarebbe senza effetto l'obbiezione, che il citato § parli dell'eserci-

(*a*) Ben inteso che non occorre restituire in pristino stato il rovinato fondo, nel caso che si possa conseguire il divisato vantaggio anche senza una tale ricostruzione, come p. e. se mi competesse la servitù di aprire una finestra per aver luce nel muro altrui (§ 475), che questo cadesse, ed io venissi quindi a guadagnare in luce, mentre in tal caso l'esercizio della servitù non viene, giusta lo spirito della legge, interrotto, ma è anzi continuativo.

(*b*) L'unica eccezione che si possa immaginare sarebbe, qualora la ripristinazione dell'uno o dell'altro fondo non fosse pel momento eseguibile (art. CLXXXVI.)

zio d'un diritto, e che per conseguenza non sia applicabile alle servitù negative, le quali non consistono che in una semplice omissione.

Per rispondere tuttavia giustamente a questa obbiezione occorre una spiegazione preliminare. Nel caso in cui, essendo costituita una servitù negativa, perisse il fondo dominante, ha del pari luogo, secondo l'espressa disposizione del § 525, una effettiva interruzione della servitù; poichè questo § parla in genere, e in conseguenza non esclude le servitù negative. In cosa poi consista questa interruzione riguardo alle servitù negative, si può agevolmente desumerlo dall'idea naturale d' una servitù. La condizione essenziale onde costituirla validamente è, come ho dimostrato (art. LV, LXXXII) il vantaggio che ne dee ridondare alla parte dominante. Ora se questo mancava già al momento della costituzione, la servitù è da riguardarsi come non costituita; ma se la servitù avesse in origine procurato bensì alla parte avente il diritto qualche vantaggio, il quale però cessasse di nuovo col variare delle circostanze, p. e. se perisse affatto il fondo dominante; in tal caso anche la servitù negativa verrebbe ad essere interrotta, fintanto che l'edifizio non venisse ricostrutto, vale a dire, la parte che gode il diritto non sarebbe or più autorizzata, come ho provato all' art. LVII, a vietare ciò che era in facoltà di vietare, non esistendo più attualmente l'edifizio, il quale costituisce realmente il subbietto (art. LXV). La contravvenzione all'accordato diritto proi-

bitivo sparisce in conseguenza durante quest' intervallo dal novero delle lesioni dei diritti, essendo essa un fatto, riguardo al subbietto, sott' ogni rapporto indifferentissimo, per cui anche il proprietario del fondo serviente, qualora avesse costituita la servitù di non erger più in alto l'edifizio, sarebbe nulla meno autorizzato per quel periodo di tempo in cui la parte dominante non ricostruisce il suo, ad intraprendere qualsivoglia fabbrica (art. LXXI.) Da ciò emerge, che nel caso d' una servitù interrotta in causa della rovina dell' edifizio dominante, il riacquistare il suo precedente vigore dipende unicamente da un fatto reale per parte di chi possiede la servitù. Se questi adunque intraprende di nuovo la costruzione della propria casa, anche il proprietario serviente dee sgomberare tosto quanto avesse nel frattempo operato, e potesse arrecar detrimento alla servitù che ha ricuperato il suo primo vigore. È dunque manifesto che qualora la parte dominante non intraprenda la fabbrica ed ometta in conseguenza l' unica condizione sotto cui l' interrotta servitù risorgerebbe, è ad essa imputabile un vero non uso del diritto che di sua natura poteva essere esercitato, e ciò anzi, in senso legale, nel modo istesso come a quegli che avendo il diritto della immissione delle travi, tralascia d' erigere l' edifizio, le travi del quale sarebbero da immettersi; mentre, tostochè per far valere un diritto, richiedesi un fatto, è indifferente che si tratti del cominciamento d'una servitù, oppure della rinnovazio-

ne d'una servitù interrotta, e sarà sempre vero che non si fece uso del proprio diritto. Ecco dunque la prova ch'io ho appoggiato giustamente la mia opinione al § 1478. Nel secondo caso, cioè se perisse il fondo serviente sottoposto ad una servitù negativa, p. e. l'edifizio che non dee erigersi più in alto, non si può parlare di cessazione della servitù, malgrado il generico tenore letterale del § 525; imperocchè siccome le servitù negative non consistono già in un diritto di esercizio, ma soltanto in uno proibitivo, il possesso di esso continua senza interruzione anche nel caso che perisca il fondo serviente, potendo il possesso di tal diritto andar perduto sol *quando la parte serviente non ha più riguardo al divieto di astenersi da qualche cosa, ed in conseguenza intraprende qualche cosa contro la servitù, ed il possessore della medesima vi si acquieta* (§ 351). Se dunque ruinasse il fondo sottoposto alla servitù di non poter essere alzato, quest'avvenimento, anzichè peggiorare il beneficio della servitù, assolutamente lo migliora. Il luogo della fabbrica può dunque rimanere appianato fin anche per dei secoli, che se il proprietario si risolvesse un giorno di ripristinare sopra quel terreno il suo edifizio, e volesse eccedere l'antica altezza, non si potrebbe far mai valere la prescrizione, mancando ogni punto onde appoggiare il principio della medesima.

Art. XCIX. Potrei forse temere un'altra obbjezione, cioè che il diritto d'una servitù affermativa non possa, per qualsivoglia lungo non uso, soggiacere alla

prescrizione, a motivo che se una volta compete ad alcuno, e ove sia costituito mediante l'inscrizione nei libri pubblici, dee, in quanto alla facoltà d'esercitarlo, essere considerato come diritto della libertà naturale, almeno nel caso in cui la parte serviente, non solo non opponga ostacolo alcuno all'esercizio della servitù, ma intrapenda anzi ciò che può agevolare alla parte dominante il nuovo esercizio della medesima; p. e. se ricostruendo il muro, lasciasse ella stessa le aperture ove la parte dominante ha da immettere le travi. Se dunque i diritti della libertà naturale non sono, a senso dei §§ 1459 e 1481, sottoposti alla prescrizione, pare in conseguenza, che ciò debba aver luogo egualmente rispetto all'esercizio della servitù. Ma è falso che qui si tratti d'un diritto della libertà naturale; imperocchè l'obbjetto della medesima sono unicamente *le nostre proprie azioni* p. e. il comperare qua o là una merce, *e la nostra proprietà* p. e. il far uso del nostro prato (§§ 1459, 1481,) ma non della proprietà d'un terzo, alla quale, come p. e. nel caso d'una servitù, ci è conceduto un diritto. Questo dev'essere sempre esercitato dentro il periodo di tempo stabilito cioè, una servitù fra 30 anni, altrimenti è perduta per sempre giusta le norme generali espresse dai §§ 1479 e 1497: *tutti i diritti contro il terzo, senza differenza se siano o no inscritti nei pubblici libri, si estinguono di regola, col non uso di trent' anni.*

Art. C. Avvi un'eccezione da questa regola, ed

è quando si tratti, non già dell'intero, ma soltanto del parziale esercizio, o in generale soltanto dei varj modi d'esercitare la servitù nel di cui possesso realmente ci troviamo; poichè il § 1482 dice: *In egual modo quegli che poteva esercitare un diritto sul fondo altrui rispetto alla sua totalità, od in differenti modi a suo piacimento, non viene limitato in questo diritto perciò solo che per qualsivoglia lungo tempo lo abbia esercitato solamente sopra una parte del fondo, o in un modo determinato; per istabilire siffatta limitazione è necessario l'acquisto, o l'usucapione del diritto di proibire o d'impedire*; dal che ne viene assolutamente, che il nostro legislatore pareggia il modo d'esercitare una servitù che realmente si gode, in quanto agli effetti legali, al diritto della libertà naturale.

Art. CI. Temo finalmente che mi si opponga, esservi tutta l'apparenza che il nostro legislatore abbia voluto parificare ai diritti della libertà naturale anche l'esercizio d'una servitù, perchè il § 1488 dispone in massima, che *il diritto di servitù si prescrive col non uso, se la parte obbligata si è opposta all'esercizio della servitù, e quegli cui competeva, non ha esercitato il suo diritto per tre anni continui.* Si potrebbe dunque inferirne, primieramente, che la prescrizione non possa cominciar a decorrere contro l'esercizio d'una servitù tampoco che contro i diritti della libertà naturale (§ 1459), eccetto che la parte obbligata si opponga all'esercizio; secondariamente,

che non richiedansi già trent' anni pel termine della prescrizione, com'io ho asserito, ma soltanto un periodo di anni tre. Ma è falso e questo e quello: il primo perchè il § 1479 stabilisce la massima che *tutti i diritti contro il terzo*, *senza differenza se siano o no inscritti ne' pubblici libri*, *si estinguono di regola col non uso di trent' anni*, o *col silenzio osservato durante questo tempo* (a), senza che questo § prescriva contemporaneamente che la parte obbligata debba essersi opposta all'esercizio del diritto, per conseguenza tal regola è da estendersi anche al non uso delle servitù, malgrado che la parte obbligata non si opponga all'esercizio della medesima. Ciò dee tanto più valere, in quanto che non si saprebbe comprendere per qual motivo perfino un credito ipotecato in cui il debitore trattiene il danaro ricevuto, debba prescriversi entro un tal termine in causa d' omessa domanda per parte del creditore, sebbene il debitore non siasi opposto al diritto dell'avversario; e per qual motivo viceversa non avrebbe, dentro il periodo medesimo, da prescriversi una servitù inscritta bensì, ma però non esercitata, con che la parte serviente verrebbe ad affrancarsi d' un obbligo accordato fors' anche gratuitamente. Se il nostro legislatore avesse voluto eccettuare le servitù da una tal regola generale, egli avrebbe al certo

(a) Dal § 1485 in connessione col § 1472 si può desumere verso quali persone decorra il periodo della prescrizione soltanto con anni quaranta.

compresa la disposizione contenuta nel § 1488 sotto la rubrica *eccezioni* che si trova in margine al § 1481, vale a dire eccezioni dalla preaccennata regola, ma non sotto la rubrica in margine posteriore: *termine per la prescrizione straordinaria*. Il tenore del § 1488 non può dunque considerarsi qual' eccezione dalla predetta regola, ma soltanto quale decisione del caso particolare contemplato in questo paragrafo, vale a dire, se la parte obbligata si oppone all'esercizio della servitù. Se ciò non ha luogo, rimane in pieno vigore anche la regola generale pronunciata nel § 1479. Dietro questo principio si scioglie di sua natura anche la seconda conseguenza, che una servitù si prescriva col non uso, non di trenta, ma d'anni tre, poichè il primo periodo è di regola necessario, il secondo basta solo qualora la parte obbligata siasi opposta all'esercizio.

Art. CII. Egli è poi un importante quesito, cosa si richieda onde poter sostenere, che abbia avuto luogo il non uso d'una servitù? Non c'è veramente difficoltà veruna per scioglierlo, in quanto alle servitù attive di tempo in tempo (*servitutes discontinuae*; art. XCVIII); poichè siccome non si può figurarsene l'esercizio, se non viene di tempo in tempo intrapreso un fatto, p. e. la caccia, l'abbeverare gli armenti, il condurli al pascolo, il passaggio a piedi e simili; non si può a meno di non ravvisare, che non esercitandosi questi diritti, sottentra il non uso.

Art. CIII. Rispetto alle servitù operative senza

interruzione all'opposto (*servitutes continuae*,) vi sono dei dubbj di non poco rilievo. La loro indole richiede, onde possa cominciare l'esercizio, che venga intrapresa un'opera, la quale consiste generalmente nella costruzione d' un edifizio. Se l' opera è già intrapresa, la natura di questa servitù si appalesa ulteriormente sotto duplice forma. Imperocchè in alcune, l'esercizio null'altro richiede se non che la costruzione dell'opera, come p. e. nella servitù di appoggiare il peso, dell'immissione delle travi, del diritto di finestra, onde poter collocare il tetto sopra l'edifizio contiguo, d'immettere le travi nel muro del vicino, e aprirvi finestre. In altre, onde poter sostenere che la servitù viene esercitata, richiedesi, come *in servitutibus discontinuis*, che s'intraprenda di tempo in tempo qualche cosa dopo costrutto l' edifizio (a); così p. e. nella servitù di far passare il fumo del cammino del vicino, è necessario che dopo fabbricato il cammino, vi s'introduca il fumo; nella servitù di poter deviare in qualche luogo lo stillicidio, che dopo l' apposizione delle doccie vi si diriga lo stillicidio; nella servitù d'acquidotto, che ven-

(a) Questa distinzione non la trovai a dir vero indicata così chiaramente in alcun civilista; certo è però che vi hanno pensato come lo dimostra il § 23 della dissertazione di Tommasio *de serv. stillicidii*. Molti giureconsulti come p. e. Waizenegger *in tract. de servit.* diss. I, cap. 8, § 10 ed altri più antichi, non hanno al certo ideata la premessa differenza, quindi asseriscono, che tutte le servitù urbane siano, perchè consistono in una fabbrica, della stessa natura.

gano prima messi in opera i canali, ed i cannoni, indi che vi si faccia passar l'acqua, e simili. Faccio soltanto osservare, che molti giurisconsulti annoverarono fin anche l' immissione delle travi nella classe di quest' ultime servitù, a motivo che debbonsi prima aprire de' fori nel muro serviente per poi immettervi le travi (b). In quanto alla prima specie di servitù, cioè quelle le quali, costrutto che sia l' edifizio, trovansi già in permanente esercizio, e fuor di dubbio che il loro non uso può cominciar a decorrere soltanto colla totale distruzione dell'opera. Io dico colla totale poichè giusta la disposizione del § 1482, *quegli che poteva esercitare un diritto sul fondo altrui rispetto alla sua totalità, non viene limitato in questo diritto per ciò solo che per qualsivoglia lungo tempo lo abbia esercitato solamente sopra una parte del fondo.* Laonde chi possiede il diritto d'immettere le travi sopra un intero muro, e ve ne introduce una soltanto, oppure

(b) La L. 6 de S. P. U. diede motivo a quest'asserzione; ivi è detto: se mi compete il diritto d' immettere le travi, ed io le estraggo dal muro, perdo la servitù allora soltanto che il vicino otturasse i fori del muro stesso, e che questo stato di cose durasse per tutto lo stabilito termine della prescrizione. Ma secondo, la filosofia del diritto, questa servitù appartiene alla prima classe, poichè la servitù è già in esercizio quando le travi siano immesse, senza bisogno di verun fatto da intraprendersi di tempo, come sarebbe trattandosi del diritto di pascolo. Se all' opposto vengon levate fuori le travi già immesse, comincia evidentemente il non uso, e se non furono mai introdotte, nè anche l'esercizio ebbe mai cominciamento.

che dopo avervi immesse più travi, le cavasse fuori di nuovo, meno una; ovvero, se cadendo il muro serviente sino ad una piccola porzione, rimanesse in questa anche soltanto una sola delle sue travi, egli può con ragione asserire che sta in suo arbitrio l'immettere più travi quando meglio gli aggrada; poichè la servitù prediale è un diritto che compete ad un fondo sopra un altro fondo (§ 473) (art. LXV), e in conseguenza compete anche alle singole parti sopra singole parti, e mediante l'esercizio sopra una parte si ottiene il diritto d'esercizio sopra tutte le singole parti (*c*).

Art. CIV. Per ciò che concerne la seconda specie di servitù, vale a dire quelle, che oltre alla erezione d'un'opera, richiedono che di tempo in tempo s'intraprenda qualche fatto, vi sono dei civilisti di primo rango (*a*) i quali opinano, che la mera sussistenza dell'opera costituisca già per sè medesima l'esercizio, e che l'omissione temporanea dell'esercizio non possa quindi risguardarsi per un non uso. In appoggio di questa tesi, essi citano bensì la L. 6 D. *de serv. praed.*

(*c*) *Quoecumque servitus fundo debetur, omnibus ejus partibus debetur: et ideo, quamvis particulatim venierit, omnes partes servitus sequitur*; l. 23, § 3 *de S. P. R.* D'egual tenore sono L. 13, § 1, L. 21 *et* 22 *eod.* t. e L. 9. *D. de serv.*

(*a*) *Otto de usu servit. L.* 1, § 12, *Selchow de servit. alt. toll. c.* 2. § 39. *C. Thomasius in diss. de serv. altius tollendi* § 23 *F. Waizenegger in tractatu de servit. diss.* 1, *C.* 8; § 10. *Cujac. ad L.* 4, *D. de usuc. C. d. c.* 24 *n.* 6.

urb., allegano però al tempo stesso la seguente ragione filosofica (*b*).

La servitù si perde col non uso soltanto qualora non se ne faccia verun uso affatto, e per conseguenza nemmeno un uso parziale; proposizione che non può contrastarsi d'alcuno, e ch'è stata da me provata all'antecedente articolo. Lo scioglimento della concreta proposizione dipenderà dunque dal verificare, in cosa consista l'uso riguardo all'ultima specie di servitù? A questo proposito essi sostengono che l'uso non consista già solamente nell'esercizio effettivo, p. e. nel far passare il fumo pel cammino del vicino, nel condur l'acqua sul fondo altrui, oppure nell'immettere le travi nel muro altrui, ma ben anche nella semplice costruzione del cammino che riceve lo sfogo nel cammino altrui, nel semplice collocamento delle doccie, dei cannoni, e canali sul fondo serviente, e nella semplice apertura dei fori nel muro vicino onde potervi immettere le travi. Che tutti questi fatti contengano in sè stessi un evidente diritto d'esercizio, cercano essi provarlo con dire che, secondo la loro opinione, hanno luogo tutte le condizioni nascenti dall'idea d'una servitù, poichè una parte esercita il diritto sul fondo altrui, e l'altra ne tollera l'esercizio (*c*)

(*b*) Io procuro di dare a queste ragioni un grado di chiarezza maggiore di quello che abbia trovato in qualunque si sia scrittore, bramando io mediante la seguente illustrazione di prevenire tutte quelle altre ragioni che si potessero mai mettere in campo.

(*c*) Mi ricordo d'aver letto in un civilista la strana asserzione,

Laonde, fin a tanto che sussiste l'eretta opera, anche la servitù trovasi, almeno in parte, in esercizio, e l'effettivo non uso comincia quindi solo dal momento in cui perisce l'opera stessa, o che viene distrutta dalla parte obbligata; p. e. se questa chiudesse l'apertura del cammino contiguo, quindi i fori del muro; che levasse le adattate doccie, o riempisse i cannoni, e canali; poichè fin a tanto che ciò non succede, sussiste sempre l'esercizio della servitù, cioè in guisa che il padrone del fondo serviente tollera sul proprio il cammino, i fori del muro, i cannoni o qualsivoglia altra opera, la quale è sufficiente per guarentirsi il totale esercizio della costituita servitù, mentre al fine basta un esercizio parziale.

Art. CV. Non è però difficile il riconoscere l'erroneità di questa illazione. Conviene soltanto investigare a questo fine se la sussistenza dell'opera, omettendosi l'esercizio del diritto pel quale venne l'opera intrapresa, possa considerarsi come parziale esercizio? Io credo però di poter con tutta ragione negarlo, poichè in tutti i premessi casi, colla costruzione dell'opera si ottiene solo quel tanto, che può mettere in istato di realizzare la conceduta servitù; come p. e. di far passar il fumo, d'immettere le travi, di condur

che le servitù le quali ond'essere esercitate abbisognano d'un edifizio o d'un'opera, sono composte da due servitù, cioè che la prima consiste nel diritto di costruire l'opera sul fondo altrui, la seconda nel diritto d'esercitare la costituita servitù dopo costrutta l'opera.

l'acqua. L'opera a fronte del diritto non è che un mezzo, e la sussistenza dell'esercizio del diritto, non abbisogna d'alcuna dilucidazione. Un esercizio parziale ha luogo realmente solo qualora venga in parte esercitata la servitù medesima, p. e. immettendo per lo meno una trave dove si avrebbe diritto d'immetterne quante più piacesse, oppure facendo passar l'acqua almeno per un cannone, senza fare uso di tre altri per lo spazio di trent'anni.

È adunque provato che, giusta la pura filosofia del diritto, la semplice costruzion dell'opera senza l'effettivo esercizio dell'accordato diritto deesi risguardare, non come esercizio della servitù, ma come vero non uso. Questa proposizione, secondo il diritto romano, è veramente controversa poichè s'incontrano molte difficoltà onde conciliare assieme la L. 6, D. *de serv*, *praed. urb.* colla L. 19. D. *quem serv. amit.* (a)

(a) Nella prima legge è detto: Se io, godendo del diritto della immissione delle travi, levassi fuori le travi stesse, perdo la servitù allora soltanto che la parte obbligata mura i fori; nell'altra si dice: essendo costituita la servitù d'acquidotto, se chi vi ha diritto va all'acqua senza farne passare pei cannoni, perde il diritto d'acquidotto. *Accurs. ad L.* 6 *D. de S. P. U. Bart. ibid. Coras. ad L. servitutes* 14, *n.* 41, *de servit. Forcat. ibid*, *n.* 23, *Cujac. ad L.* 4. *D. de usuc. C. d. c.* 24 *n.* 6, dichiarano che non si possa addurre verun motivo di questa distinzione. Tommasio però *in diss. de servitute stillicidii*, vuol riunire le due leggi sostenendo che la prima presuppone il caso che sia stato già esercitato il diritto principale mediante le travi già state immesse, poscia estratte di nuovo; l'al-

Art. CVI. Secondo poi il nostro Codice non incontra difficoltà l'asserzione che la mera esistenza dell'opera, la costruzione della quale non ha per iscopo se non che l'esercizio d'una servitù, se non ebbe luogo quest'ultimo, sia un vero non uso; poichè, siccome il § 1478, si esprime in questi termini: *Per la prescrizione propriamente detta basta il semplice non uso per trent'anni d'un diritto che di sua natura poteva essere esercitato*; così la mente del legislatore è quindi evidentemente diretta a quel diritto (*a*)

tra all'incontro, che l'acquidotto non sia per anche stato esercitato. Ma la circostanza, se il diritto principale sia stato una volta, oppure mai esercitato, come può mai influire sulla quistione del non uso durante il termine della prescrizione, se dentro questo termine non ne venne fatto uso alcuno?

(*a*) Questo diritto io amerei, ad oggetto di chiarezza, nominarlo diritto principale, ma verrei con ciò a mancare contro la filosofia del diritto; poichè ad un diritto principale, (*jus principale*) si può opporre soltanto un diritto accessorio (*jus accessorium*); quest' ultimo però non consiste assolutamente solo nel diritto ai mezzi opportuni onde poter far uso del conceduto diritto, ma è al tempo stesso un diritto ad uno scopo principale, solo che non procura un vantaggio cotanto essenziale come un altro scopo, e non riesce alla parte obbligata gravoso in quella misura come il diritto costituito dal tenore letterale del contratto; p. e. chi acquista il diritto di farsi portare da bestie pel fondo altrui, è anche autorizzato a cavalcarvi, e passarvi a piedi (§§ 492, 493), e questi ultimi diritti, essendo di minor entità perchè considerati in sè stessi, procurano pure un vantaggio, meritano il nome di diritti accessorj; all'opposto il diritto di collocare dei cannoni ad uso d'acquidotto, non può riguardarsi qual diritto accessorio, ma soltanto qual diritto ai mezzi opportuni, poichè i cannoni,

che fu tra le parti contraenti lo scopo della convenzione, e non già a quello ch'è un semplice mezzo per conseguire lo scopo, e che in conseguenza, considerato in sè stesso, non è un vero diritto, dovendo questo appalesarsi sempre mediante un vantaggio che dee ottenere la parte dominante. (art. LII e LIII.) I mezzi relativi sono pur congiunti con incomodi, con spese, e perdita di tempo; tutte cose, alle quali dessa non si sottoporrebbe mai, se non fosse alimentata la sua speranza dal conseguimento d'un profitto che risarcisca il suo dispendio. È dunque un vero non uso quando la parte dominante, nel caso p. e. del diritto d'acquidotto, colloca bensì i cannoni, ma non vi fa mai passare l'acqua; nel caso del diritto d'immettere le travi, apre bensì i fori nel muro serviente, ma non vi introduce alcuna trave, ovvero se dessa dirige il cammino proprio in quello del vicino, senza farvi mai passare il fumo (*b*).

senza farvi passar l'acqua, non producono alcun vantaggio. Siffatti diritti potrebbero più adeguatamente chiamarsi diritti subalterni. I civilisti li chiamano *adminicula*. La L. 1 § 1. *Si usufr. pet.* dice: *Ususfructus legatus adminiculis eget, sine quibus uti frui quis non potest. Et ideo, si ususfructus legetur, necesse est tamen, ut sequatur eum aditus.*

(*b*) Che il proprietario della servitù sia autorizzato a tutti i mezzi adattati, senza i quali non si può esercitarla, è una verità ch'emerge immediatamente dalla dottrina della volontà; mentre chi vuole uno scopo accorda con ciò naturalmente i mezzi necessarj onde conseguirlo (§§ 491, 496, 1009). Non è dunque necessario d'accordare esplicitamente nel contratto di costituzione il diritto a questi

Il § 496 dissipa finalmente ogni possibile ulterior dubbio, mentr'esso dichiara, che col diritto di cavar acqua appartenente ad altri, va unito anche quello dell'accesso: questo segue quindi la qualità del primo, ma non così viceversa.

Chi dunque nello spazio di trent' anni non cava

mezzi. Se dunque vien concesso ad alcuno p. e. il diritto di cavar pietre, convien procurargli eziandio l'adito alla petriera. *L.* 10 *de serv. L.* 20, § 1, *de S. P. U. L.* 15 *de S. P. R. L.* 1, § 1, 3, 4. *Si usufruct. pet. L.* 15, § 1 *de usufr. Leg.* 1 3 § 5 *de aqu. quot.* Ma cosa sarebbe di giustizia se nel contratto, o in un testamento fosse aggiunta l'espressa limitazione, che il possessore della servitù non possa prevalersi di quel mezzo senza cui non sarebbe fattibile di esercitarla; come p. e. se venisse accordato il diritto di pascolo sopra un fondo colla condizione che non debba competere alla parte dominante alcun accesso al pascolo medesimo? Secondo il diritto romano, anzi a tenore della *L.* 1, § 1, *si usufr. pet.* cotesta restrizione è da risguardarsi come non apposta, e si dovrebbe ancora determinare siffatto accesso. Se ne allega ordinariamente questo motivo, cioè che un tale costitutore della servitù si contraddice apertamente, poichè s'egli vuole lo scopo, dee pur volere i mezzi che lo promuovono. L' erroneità di questo raziocinio è però palmare, imperocchè colui che non vuole i mezzi coi quali unicamente si può conseguire lo scopo, non ha nulla di mira, anzi nega così il pronunciato diritto, e si può dire che commette soltanto uno scherzo insolente, o per lo meno che non è da intendersi, mentre in un periodo dichiara di voler una cosa, che nell'altro non vuole. Siffatta dichiarazione appartiene quindi in ogni evento al numero delle non intelligibili, e per conseguenza a quelle prive d'effetto, e ciò tanto più all'appoggio del Diritto Austriaco, mentre il § 869 vuole che la dichiarazione del consenso ad un contratto debba essere intelligibile, e il § 565, che la volontà del testatore venga dichiarata in perfetto stato di mente sana, con riflessione e serietà.

acqua, perde non solo il diritto alla medesima ma, eziandio all'accesso, ancorchè si foss'egli recato costantemente alla fonte senz' attigner acqua (c) imperciocchè l'accesso non fu accordato nè qual diritto principale nè propriamente come accessorio, ma soltanto essendo esso un mezzo necessario onde conseguire lo scopo, come un diritto subalterno, in conseguenza non è stato costituito col fine che possa procurare un vantaggio sussistente per sè medesimo, come per esempio nel diritto di passaggio a piedi. Essendo quindi una regola decisa che colla cessazione del diritto allo scopo, sia cessato anche il diritto al mezzo occorrente, ciò dee valere anche rispetto all' accesso onde cavar l' acqua, e in generale rispetto a tutti i mezzi de' quali si potea valersi puramente all' uopo dell'esercizio d' una servitù che aveva sussistito, ma però estinta per effetto del non uso.

Art. CVII. Per altro io sono pure d' avviso che molti diritti competenti in forza d'una servitù, non vadano perduti, quand' anche non venissero, per qualsivoglia lunga epoca, se fosse anche un secolo, esercitati, purchè nel frattempo venisse esercitato un altro ramo del costituito diritto, il quale arrecasse per sè stesso un vantaggio preveduto nella costituzione della servitù, e ciò anzi senza distinzione, se il diritto intrattanto esercitato sia diritto prin-

(c) Questa proposizione medesima sta espressa nella *L.* 19 *D. quem Ser. amitt.*

cipale o accessorio. Sotto il primo, io intendo quello cui è diretto il fine principale, per lo che l'esercizio di esso vien chiamato col nome della costituita servitù. Può giovare d'esempio la servitù del privilegio di cacciare, la quale venendo costituita in generale, autorizza tanto alla caccia del selvatico, quanto delle fiere più nobili.

Posto che per lo spazio di trent'anni venisse fatta soltanto la prima caccia, la parte che gode il diritto, non potrebbe perdere il privilegio dell'altra mentre col cacciare, ha già esercitato il costituitogli diritto. Sotto diritti accessorj all'opposto intendo quelli che procurano bensì alla parte avente il diritto anche un essenziale vantaggio, ma sono estranei al fine principale della costituita servitù, cosicchè il loro esercizio non può chiamarsi col nome della conceduta servitù, ma con quello d'una servitù di minor importanza, e che possono esercitarsi da chi propriamente li gode, solo perchè il diritto al più autorizza anche al meno. Ne offre un esempio la servitù del passaggio con carro, poichè colui al quale appartiene, è in facoltà, tanto giusta il tenore letterale, quanto giusta lo spirito dei §§ 492, 493, di passare non solo con carro ad una o più bestie, ma ben anche di cavalcare, e far strascinare pesi gravi sul fondo serviente.

S'ebbe luogo uno di questi ultimi due fatti, la parte, ancorchè nel periodo di trent'anni non fosse passata con carro, conserva questo suo diritto, mentre ha esercitato quei due diritti che la legge dichiara

quali rami della servitù di passaggio con carro, soltanto in forza di questa costituitale servitù, nè si può quindi sostenere che sia subentrato il non uso della servitù di passaggio con carro (*a*).

Il § 1482 appoggia evidentemente quest' asserzione esprimendosi colle seguenti parole: *in egual modo quegli che poteva esercitare un diritto sul fondo altrui rispetto alla sua totalità, o in differenti modi a suo piacimento, non viene limitato in questo diritto per ciò solo che per qualsivoglia lungo tempo lo abbia esercitato solamente sopra una parte del fondo o in un modo determinato* (*b*).

(*a*) Qui cade molto in acconcio quanto dice Waitzeoegger nel suo trattato *de servit. diss.* 1, *c.* 8, § 6: *quin imo, si cui via per plures fundos debetur, et si per unum tantum iverit, per alios non iverit, per tantum tempus, quanto servitus amittitur, totam viam retinet, nam quia una est via, una servitus, quae per plures fundos imponitur, ideo aut tota amittitur, aut tota retinetur.*

(*b*) Secondo il Codice prussiano part. 1, tit. 19, § 29 tutte le servitù vanno pel semplice non uso perdute. Il Codice francese all'incontro stabilisce questa massima (§ 707): riguardo alle servitù che non sono continuative (*servitutes discontinuae*) la prescrizione di trent'anni comincia a decorrere dal giorno in cui si è cessato dall'usarne; le servitù continuative (*continuae*) invece dal giorno in cui venne intrapreso un atto contrario alla servitù. Questa massima è evidentemente desunta dal diritto romano, il quale è in generale quasi del tutto la fonte dell'encomiatissimo Codice francese, per fin anche quando il primo è fondato sopra sottigliezze. Si manca in esso di rettificazioni attinte alla filosofia del diritto; anzi è troppo manifesto che i compilatori non versati nella filosofia del diritto illustrata dai tedeschi, non devono essersi nè anche degnati di leggere il Codice prussiano, che altrimenti avrebbero al certo avuto

Art. CVIII. Siccome, secondo l'avviso dei civilisti (art. CIV), l'esercizio d'ogni servitù la quale presuppone una intrapresa opera, e in conseguenza di tutte le servitù urbane, e perfino di alcune rustiche, come sarebbe quella dell'acquidotto, viene considerato come sussistente fin tanto che sussiste l'edifizio o l'opera idraulica, ne viene che anco tutte queste servitù, secondo lo spirito del diritto romano, sono servitù incessantemente operative (*servitutes continuae*). Ma poichè, giusta lo spirito del diritto austriaco (art. CV, CVI), le servitù consistenti nella costruzione d'un'opera trovansi in esercizio, solo qualora se ne ottenga anche l'esercizio del costituito diritto, come p. e. della servitù di appoggiare il peso (*servitus oneris ferendi*) (*a*), e all'opposto nel caso, che oltre alla costrutta opera, debbasi di tempo in tempo intraprendere qualche fatto onde poter ritenere l'uso della servitù, come p. e. nella servitù di far passare il fumo nel cammino altrui, che per conseguenza omettendosi questi fatti, subentra un vero non uso

occasione di profittare di non pochi evidenti miglioramenti. Ma e come avrebbe l'orgoglio francese potuto ammettere d'apprendere la lingua tedesca onde lasciarsi dai tedeschi istruire?

(*a*) Qui spetta eziandio la servitù dell'immissione delle travi, presupposto che nel muro serviente siano già stati non solo aperti i fori, ma ben anche introdotte le travi. Colla semplice apertura dei fori, una tale servitù sarebbe da annoverarsi alla seguente qualità, egualmente che quella d'acquidotto, vale a dire, se a tal'uopo fossero stati collocati i cannoni, senza però farvi passare alcun'acqua.

della servitù, sono all'occhio di un giureconsulto austriaco vere *servitutes continuae*, solamente quelle della prima specie, e viceversa *servitutes discontinuae*, cioè servitù attive con interruzione, quelle della seconda specie, come pure tutte le servitù rustiche, le quali onde procurare un vantaggio, abbisognano di tempo in tempo d' un fatto reale. Le servitù per l'esercizio delle quali occorre soltanto un'opera, possono più opportunamente chiamarsi *semplici* (*simplices*), e quelle all'incontro che richiedono oltre ciò anche un fatto di tempo in tempo, possono dirsi *composte* (*qualificatae.*)

Art. CIX. Di somma importanza sotto l' aspetto teorico e pratico riesce il quesito, se incomba a chi sostiene mediante il non uso d' essere affrancato da una servitù, il provare che la parte dominante non siasi prevalsa del suo diritto durante il termine della prescrizione stabilito dalla legge? Ho consultato in questo particolare ben più di trenta opere de' civilisti, non che tutti i principali trattati che vertono sulla prescrizione e sulla prova, ma in niun luogo trovai diffusamente e convincentemente discusso un tale quesito. Tutto al più, ho trovato l'osservazione che il non uso non debba essere provato da chi lo allega e vi fonda la prescrizione, a motivo che una proposizione negativa non può per sua natura essere provata, come p. e. che taluno non sia per dieci anni passato pel sentiero, che quindi l'altra parte che sostiene d'aver esercitato la servitù, e in conseguenza di non

esser incorsa nella prescrizione, ne debba prestare la prova, poichè dessa si riferisce a fatti intrapresi, i quali debbonsi da lei anche provare, mentre i fatti non si presumono, ma devono sempre essere provati. Per ciò che concerne quegli autori, i quali passarono del tutto sotto silenzio questo quesito, non proviene d'altro motivo, se non perchè, stante la sopra enunziata massima, parve loro superflua una relativa discussione.

Ma è poi realmente e senza eccezione valida in generale la massima, che una negativa non possa essere provata? L'esame di ciò dev'essere senza dubbio di sommo interesse per ogni giureconsulto austriaco, poichè quella regola traluce dallo spirito della nostra legislazione; mentre noi abbiamo veramente una sola legge principale che dispone intorno all'obbligo della prova, cioè il § 160 del Regolamento Generale del processo civile: *chiunque sia attore, sia reo, allegherà in giudizio un fatto sarà in obbligo di provarlo, altrimenti tal fatto, in quanto esso verrà contraddetto dalla parte avversa, non si potrà avere per vero nella definizione della causa.* I §§ 11 e 23 esprimono la massima istessa.

Or dunque se è obbligato a prestare la prova soltanto quegli che avrà allegato un fatto, e se tanto l'attore che il reo si può schermire contro la cosa di fatto che l'avversario può aver allegata in qualsivoglia scrittura, ma non provata, puramente col negarla, è manifesto che il nostro legislatore dispensa

colui che fonda la sua domanda o la sua difesa sulla negativa d'una cosa di fatto, da ogni obbligo della prova rispetto alla sua negativa. Ma e si può tuttavia inferirne che il nostro legislatore abbia deciso che non si possa assolutamente provare una proposizione negativa, e qualora si potesse stabilire tale prova, che non si debba essere mai obbligati a prestarla? Si potrà formarsi una giusta idea della cosa solo quando avremo approfondita questa massima (*a*).

(*a*) I trattati più importanti che versano in questa materia sono: G. C. Peisker, *dissert. de negatione*. Altd. 1677 p. 12. Succinta idea della prova di J. H. Hermann. Jena 1746, c. 1. § 25 28 Dottrina compiuta della prova di Schneider pag. 419. Teoria della prova nel processo civile di Tevenar § 26. Metzger, *dissert. de onere probandi et causis quae litigantes ab eo immunem reddunt*. Altd. 1800. Weber, dell'obbligo della prova: p. 154. Norma generale di Schierschmied: quale delle parti litiganti debba assumere la prova. Erlangen 1754: *Franciscus Alef. dissert. de eo quod justum est jura probandum negativum*, nei suoi *diebus academicis*. Heidelberg 1753. Trier, *de onere probandi negantibus incumbente*. Francof. 1728. Böhmer, *jus eccl. Protest. T* 1, *L.* 2 *f.* 19. § 3. *Specht. dissert. de insufficentia regul. affirmanti incumbit probatio neque alia in ejus locum substituenda*. Hal 1781. Shizzo d'una nuova teoria delle azioni di Siebert. Rostok 1799. Westfalo, della prova legale d'una negativa nei rapporti settimanali di Halle dell'anno 1780 n. 36 e 37. Gönner, Manuale del processo comune tedesco, vol. 2, cap. 32, § 16. Saggio d'un supplimento onde rettificare la dottrina dell'obbligo della prova di Klöbzer. Jena 1813. Le opere principali sono tuttavia: Weber sull'obbligo della prova nel processo civile, Halle 1805, ed in particolare N. Borst, sull'obbligo della prova nel processo civile; Lemberg e Lipsia 1816. In quest'ultimo trattato vengono stabilite molte idee nuove, e fatte varie rettificazioni. Io però segno le mie vedute. Ma non è qui il luogo ond'esaurire quest'argomento.

Negativa non sunt probanda, questa è stata da gran tempo una regola giuridica desunta dalla L. 23, C. *de probat.*, ov' è detto: *cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit.* Le parole di questa legge non esprimono però niente più, se non, che non incumbe, per la natura della cosa, l'obbligo della prova a chi nega una circostanza di fatto. Se questa proposizione è limitata unicamente al caso contemplato dal surriferito § 160 del Regolamento Generale, vale a dire se l' attore o il reo allega in qualsivoglia scrittura una circostanza di fatto senza provarla minimamente, e l' avversario la nega, la sua verità è ad ognuno evidente; imperocchè, siccome i diritti d' amendue le parti contendenti sono a vicenda uguali, hanno quindi amendue ugual diritto ad essere credute, per cui in quanto al semplice sì e no, non resta al giudice altro espediente che sospendere il suo giudizio fin a tanto che venga provata l' allegata circostanza di fatto. Tanto la legislazione austriaca quanto anche la romana è partita da questo principio fondato nella sana ragione: la prima nel ripetuto § 160 del Regolamento generale, l' altra nella L. 2, D. *de probat.* ove leggesi: *is probare debet, qui dicit, et aliquid affirmat, sive actor sit, sive reus* (*b*), d' onde nasce l' ulterior re-

(*b*) Lo stesso dispone anche la L. 11 D. *de prob.* con queste parole: *semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit.* La L. 19 pr. *de prob.* estende questa massima anche al reo, nel caso ch' egli appoggi la sua obbiezione sopra un' asserzione: eccone il tenore: *in exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris*

gola legale: *actore non probante, reus absolvitur, etiamsi nihil probaverit.* Laonde s'esprime pure il § 374 in questi termini: *quando l'attore e il reo abbiano un egual titolo del loro possesso non vizioso, il reo in forza del possesso dee preferirsi.*

Ma e non è effettivamente possibile la prova di una negativa? Convien distinguere. Una negativa la quale non si limiti nè a un tempo determinato, nè ad un doterminato luogo, non può essere provata; mentre come mai si potrebbe procurarsi il convincimento che una data circostanza di fatto non siasi verificata in alcun tempo, e in verun luogo? *Il tempo e lo spazio sono pure*, come dice N. Borst (§ 19) nella sua opera intorno all'obbligo della prova, *infiniti, e chi è in grado di misurare colla sua prova gli estremi della infinità?*

Sotto questo aspetto emerge anche in tutta chiarezza la verità della L. 23, C. *de prob., cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit*, ma però limitata ad una semplice negativa, la quale viene opposta alla circostanza di fatto non provata dell'avversario. Ma tutt'altro è il caso, quando la negativa è circoscritta a tempo e luogo, mentre questa ammette una prova tanto mediata quanto immediata (indiretta e diretta).

Sotto la prima intendesi una prova tale con cui venga provata qualche cosa di fatto, quindi una pro-

fungi oportere, ipsumque exceptionem veluti intentionem implere.

posizione affermativa di maniera che appunto perciò, in forza d'una necessaria conseguenza, risulti l'impossibilità d'un'altra parimenti affermativa proposizione, quindi la non esistenza d'una asserita circostanza di fatto. P. e., se *A* asserisce d'aver il primo di gennajo conchiuso in Praga un contratto con *B*, e B prova all'opposto che al primo di gennajo si trovava in Vienna, egli ha così provato la proposizione negativa che in quel giorno non poteva aver conchiuso in Praga verun contratto (c).

Havvi la prova diretta d'una negativa allor quando vien dimostrata la non esistenza d'un fatto coll'immediata verificazione dei sensi. Una simile prova dovrebbe a primo aspetto sembrar impossibile, poichè il nulla o la non esistenza, non forma oggetto di verificazione col mezzo dei sensi. Ciò peraltro può valere soltanto relativamente alla non esistenza d'un fatto senza riguardo ad un certo tempo, e ad un determinato luogo; ma se la non esistenza viene limitata all'un o all'altro dei due, può, come giustamente afferma Borst nell'anzidetto trattato pag. 26, divenire un oggetto reale di negazione verificabile per mezzo dei sensi, mentre si può già rilevare che una circostanza di fatto non sia avvenuta in un determinato tem-

(c) La L. 14 C. *de contrah. stip.* contiene una tal prova mediata; ivi è detto: *nisi is, qui dicit, se se, vel adversarium abfuisse, liquidis ac manifestissimis probationibus, et melius quidem, si per scripturam, vel saltem per testes undique idoneos, et omni exceptione majores ostenderit, se se, vel adversarium suum eo die civitate abfuisse.*

po, ed in un determinato luogo p. e, che *B* al primo di gennajo a mezzo giorno non abbia conchiuso un contratto nella stanza di *A*, poichè due o più testimonj affermano ch'essi in quel giorno ed a quell' ora si trovavano nella stanza di *A*, e che in quell' ora o non hanno effettivamente veduto *A*, o lo hanno bensì veduto, ma udito parlare di tutt'altre cose indifferenti. È quindi fuor di dubbio, che se si ha riguardo ad un determinato tempo, la non esistenza d'un fatto può essere provata sibbene che l'esistenza, e ciò non solamente per mezzo di testimonj, ma ben anche con altri mezzi probatorj, p. e. col giuramento decisorio, e con documento, ed anzi ora immediatamente, ora mediatamente. Da ciò emerge al tempo stesso, che, giusta il senso comune, erronea è la decisione del diritto canonico, colla quale viene dichiarata impossibile la prova diretta d'una proposizione negativa (*d*).

Ma e saremo forse obbligati in certi casi ad assumere la prova d'una negativa, ovvero, ciò che equivale, della non esistenza d'una cosa di fatto? A fine di rispondere giustamente a un tale quesito, è d'uopo formarci una preventiva idea di tutti i casi nei quali, secondo lo spirito del § 160, non è da prestarsi questa prova, laddove si presenteranno allo sguardo indagatore due casi principali.

Il primo caso è, quando l'attore o il reo conve-

(*d*) *Cum negantis factum per rerum naturam nulla sit directa probatio. Cap. II. X. de prob. e Cap.* 3 *X. de elect.*

nuto, vale a dire quegli che attacca, potendo essere sì l'uno che l'altro, nega le cose di fatto asserite e non provate dal suo avversario; l'altro quando uno di loro prova bensì la circostanza di fatto che fonda la sua azione assoluta, ma nega al tempo stesso o espressamente o tacitamente qualche cosa di fatto, la quale, se si fosse verificata dopo nata l'azione, la distruggerebbe di nuovo, poichè il § 160, dice che l'obbligo della prova incombe all'attore o al reo, solo allorquando avranno allegato un fatto: se dunque l'uno o l'altro, se foss'anche l'attore, fondasse la sua intenzione tutta o in parte sopra una negativa, non si può neppure da lui pretenderne la prova. P. e., se alcuno spiega la sua azione del conseguimento della pena convenzionale (§1336), perchè il debitore non ha adempito a suo tempo al contratto, l'attore non è in obbligo di provare che il reo non abbia adempiuto il contratto; oppure se alcuno dopo la morte del fratello pretendesse alla successione di legge, non è obbligato a provare che il fratello sia morto *ab intestato*, o senza lasciar prole. Il motivo di ciò è quello stesso pel quale deesi, in genere, provare soltanto la cosa di fatto d'onde si deduce un diritto, ma non già la negativa di essa. Se dunque, nel primo caso, è il debitore che vuol fondare un diritto nell'adempimento del contratto, nel secondo quegli che vuole fondarlo in un testamento o nella nascita d'un figlio, quindi in amendue i casi sopra una cosa di fatto, debbono essi per conseguenza

prestarne anche la prova È ben evidente la giustezza di questo principio, poichè se l'attore avesse a provare che la parte obbligata non ha adempito al suo impegno, oppure che nulla sia accaduto che avesse per sua natura da portar seco la perdita del preteso diritto, ciò cagionerebbe, contro tutte le massime della giustizia, l'irreparabile perdita d'una gran parte dei diritti, imperciocchè l'inadempimento d'un obbligo e in generale la non esistenza d'un fatto, lascia dopo di sè ben di rado dati permanenti verificabili coll' uso de' sensi (*e*). Altronde è da riflettersi che non vi sarebbe ragione onde favorire la parte obbligata a fronte di quella che ha il diritto. Come che dunque niuno può considerarsi obbligato, quando l'attore non abbia in di lui confronto fatto constare il suo diritto, così anche la già provata obbligazione, qualunque sia il titolo legale d'onde proviene, è da risguardarsi per continuativa, finchè non ne venga dimostrata la sua cessazione; poichè quegli che vi si riferisce, viene con ciò ad erigersi in attore, ed a questi poi incombe il provare la sua asserzione. Egli è perciò che il § 24 del R. G. Gall. esprime, che il reo nella risposta ha l'obbligo d'addurre le sue prove e controprove; (*) e la leg. 19. D. *de prob.*

(*e*) Rimane un contrassegno quando p. e. alcuno abbia intrapreso la costruzione d'una rovinata casa e le ruine ancor esistenti provino l'inadempimento dell'obbligo.

(*) Il tenore di questo § è compenetrato nelle disposizioni dei capitoli del processo giudiziario in genere e della prova della traduzione italiana pel Regno. L. V.

dice: *in exceptionibus dicendus est, reum partibus actoris fungi debere*; vale a dire, gli obblighi d' un attore incombono al reo, il quale oppone un'obbiezione, s'intende però di una cosa di fatto, poichè egli si erige in attore.

Quanto si è qui discusso, ci conduce ad una importante conclusione ulteriore. Se dunque non è che l' allegata circostanza di fatto che deesi provare, ne viene anche manifestamente, che se la continuazione di un diritto dipende da fatti che siano da intraprendersi a tempo determinato, oppure di tempo in tempo, sotto pena, in caso diverso, della perdita del diritto, questi fatti debbono provarsi da chi doveva intraprenderli, non già da chi li nega, e ciò anzi anche nel caso che quest' ultimo avesse da comparire non come reo, ma come attore; mentre il § 160, dice espressamente, che la cosa di fatto debba provarsi da quegli che la ha allegata, sia egli attore o reo, non già da colui che la nega. Da ciò nasce anche incontrastabilmente il riflesso che se la parte obbligata si riferisce alla prescrizione, è tutt' uno se ciò avvenga contro un' azione personale, come p. e. procedente da un prestito, oppure contro un'azione reale, p. e. derivante dalla servitù del diritto di pascolo, e che la parte pretendente alleghi o d' avere, durante lo spazio di trent' anni, chiesto il credito, ed il debitore lo abbia confessato, (§ 1479) oppur d' aver essa nel frattempo esercitato la servitù, l' obbligo della prova incomberà in amendue i casi a que-

st' ultima, poichè dessa si riferisce ad una cosa di fatto. Ora avendo noi discusso tutti i casi nei quali devesi provare una negativa, non incontreremo difficoltà nel rinvenire i casi opposti.

Stando a rigore, non ve ne sono che tre. Il primo, quando l'attore o il reo ha provato la cosa di fatto allegata, e l'avversario la nega. In tal caso incomberà a quest' ultimo il provare la negativa, mentre, comechè il giudice, quando non venga provato il reciproco sì e no, dee licenziare la parte che pretende qualche cosa, vale a dire quella che si erige in attrice; dee viceversa, quando sia provato il sì, prestare piena fede alla parte provante, ritenendo destituita di fondamento la negativa non provata, e condannando in conseguenza la convenuta.

Ma sì tosto che quest' ultima dimostrasse la sua negativa mediante una controprova, anche l'attore verrebbe di nuovo rimandato, poichè sotto l'aspetto legale si ritorna allo stato di cose come prima, dove non era provata, nè l'asserzione, nè la negativa. Mentre, siccome la presunzione della credibilità milita in grado uguale in favore d' ambo le parti contendenti, così la controprova deve anche distruggere la prova, e in tal guisa ristabilire lo stato della non esistenza delle prove. Del resto la controprova potrà effettuarsi o immediatamente, o mediatamente, (direttamente o indirettamente), e se la cosa di fatto provata dall'attore è circoscritta a tempo e luogo, non andrà soggetta, per sè medesima, a difficoltà maggiori che

non la prova d'una cosa di fatto; ma fuori di questo caso sottentrano tutte quelle ragioni che io ho addotte di sopra intorno alla impossibilità della prova d'una negativa, a meno che non si verificasse il caso in cui si è autorizzato alla delazione del giuramento decisorio; poichè, siccome ciò tende a far confermare col giuramento la cosa di fatto forse provata col mezzo di un ricapito, si può supporre senz'altro il caso, che venendo riferito il giuramento col prestarlo si possa provare il fatto senza riguardo a tempo e luogo; p. e. *A* si dichiara attore contro *B* all'appoggio d'un documento, in cui il secondo confessa, in seguito di conti fatti, d'essere risultato debitore verso il primo per affari di prestito conchiusi in varie epoche della somma di F. 1000; *B* all'opposto nega questa circostanza, e ne deferisce ad *A* il giuramento decisorio, il quale, nel caso che venga riferito, sarà del tenore seguente: Io non ho fatto con *A* verun conteggio per l'importo di F. 1000 e non ho conchiuso con lui in varj tempi alcun affare di prestito.

Che le premesse idee siano state contemplate dal nostro legislatore, lo dimostrano molti passi di legge. Io citerò solamente i più importanti cioè il § 7 del R. G. Gall. secondo cui *il reo convenuto deve addurre nella risposta tutte le sue eccezioni dilatorie e perentorie con cui egli credesse potersi difendere contro l'attore*, e così il § 24, a tenore del quale *incombe al reo l'addurre le sue eccezioni sì contro*

l'oggetto principale della quistione, sì contro le obbligazioni accessorie, come circa le prove dell'attore e la loro validità, e finalmente deve addurre tutte quelle prove e controprove con cui egli credesse avvalorare il proprio assunto (*).

Il secondo caso in cui si dovrebbe provare una negativa è, quando l'originaria derivazione d'un diritto dipende dalla non esistenza d'una circostanza, quindi da una condizione negativa; è poi indifferente se questa condizionata derivazione sia fondata in una legge, in un contratto o in un atto d'ultima volontà; secondo il Codice ha luogo la derivazione condizionata, p. e. nel caso del § 1431, il quale accorda di poter domandare la restituzione della cosa data, o pagata da chi non aveva diritto di esigerla. Un contratto o un testamento fonda la condizionata derivazione, p. e. quando venga promessa o legata ad *A* una somma, qualora si verifichino certe circostanze; come sarebbe, che *B* non avesse a maritarsi dentro due anni, non morisse, o non ritornasse alla sua patria. Qui è ben evidente che in tutti questi casi secondo la natura d'un tale rapporto di diritto, e in conseguenza secondo lo spirito del nostro Codice debba essere provata la non esistenza delle circostanze sottoposte alla condizione, poichè nel primo caso la

(*) Il tenore di questi due §§ trovasi compenetrato nelle disposizioni del capitolo sul processo giudiziario in genere della trad. ital. pel Regno L. V.

legge non accorda già a chi paga il diritto assoluto di ripetere la cosa, ma soltanto condizionatamente, cioè per il caso che ciò che fu dato non fosse realmente dovuto, parimenti nel secondo caso, la somma non venne già promessa in via assoluta, ma soltanto sotto condizione, qualora cioè non si verificasse alcuna di quelle circostanze.

Non potrà dunque in veruno di questi casi aver luogo la decisione prima che non sia dimostrata la non esistenza del debito e di quelle premesse circostanze. Egli è perciò che il § 699 (dopo che negli anteriori §§ fu trattato d'ogni qualità di condizioni, e nel § 696 anzi espressamente di condizioni negative) si esprime in questi termini: *Se le condizioni sono possibili e lecite, il diritto che ne dipende non può acquistarsi se non mediante l'esatto adempimento di esse, tanto se dipendano dal caso, che dalla volontà dell'erede istituito, del legatario, o d'un terzo.* Io non temo dunque nemmeno la obbiezione che il § 160 del Regolamento generale ingiunga espressamente l'obbligo della prova soltanto sopra un fatto allegato, e in conseguenza che assolva così tacitamente ognuno dall'obbligo di provare la non esistenza di una cosa. Chi sostiene essersi realmente verificato un suo diritto, il quale, per la sua qualità, dipende da una circostanza che dee soltanto in seguito aver luogo, parla propriamente d'una cosa di fatto, mentr'egli afferma con ciò essersi omai verificata la voluta circostanza, come anzi il § 708 chiama

un tal avvenimento la verificazione della condizione; che poi qualunque verificazione d'una condizione sia, in senso legale, qualche cosa di fatto, è fuor d'ogni dubbio (*f*).

Il terzo caso, però soltanto improprio, in cui debbasi provare una negativa, succede quando questa sia d' indole tale da poterla ritenere vera, solo nella presupposizione che siami preventivamente verificata una cosa di fatto. Imperocchè, siccome quest'ultima non può già supporsi, ma dev'essere provata; così vale eziandio lo stesso riguardo ad una negativa che sia fondata sopra una circostanza di fatto. Chi dunque nega che alcuno si trovi ancor in vita, o che possieda l'uso della ragione, che sia ancor sempre proprietario o possessore d'una cosa, o che la cosa ch' egli possiede, la possegga ancor sempre in buona fede, come pure, che non esista più un oggetto che esisteva, o che abbia perdute le sue qualità naturali, deve anche provare queste negative, sostenendo egli realmente cose di fatto, cioè morte, mania, perdità della proprietà e del possesso, mala fede, deperimento della cosa, o per lo meno cambiamenti essenziali in essa verificatisi; tutto questo presuppone pure manifestamente delle cause, e in conseguenza qualche cosa di fatto che deve quindi esser anche, giusta la regola generale, provata. Ho dato l' epiteto d'im-

(*f*) Che la legge intenda talvolta per fatto anche una omissione, fu dimostrato all' art. LXXV.

propria a questo genere di negative perchè, esaminando bene, risulta che racchiudono in sè una reale affermativa.

Art. CX. Ora si ricerca se la parte serviente, qualora volesse sostenere la cessazione della servitù per effetto del non uso della parte dominante, abbia forse da provare l'omesso uso a motivo che si verifica una delle mentovate eccezioni?

A parer mio qui è d'uopo avere riguardo ai diversi modi d'esercizio delle servitù, e in conseguenza far distinzione fra le servitù non interrotte, e quelle interrotte (*continuae et discontinuae servitutes* (art. CII, CIII, CIV e CVIII). Per ciò che concerne le prime servitù, l'esercizio delle quali non può cominciare prima che sia intrapresa la fabbrica, e che continua dopo la costruzione di essa, senza bisogno che oltre di ciò debbasi di tempo in tempo intraprendere qualche fatto, sarà da vedersi sopra quale motivo voglia la parte serviente fondare il non uso; cioè, o perchè non fu mai intrapresa la fabbrica, la quale costituisce la servitù, o perchè l'opera venne bensì intrapresa, ma poi nuovamente affatto distrutta, e che d'allor in poi non ebbe più luogo, durante il termine della prescrizione di legge, veruna ricostruzione, cosicchè l'uso sia totalmente cessato. Nel primo caso, la semplice opposizione del non uso protegge la parte serviente; poichè dessa non tiene il linguaggio d'una mera negativa (*negatio simplex*); il padrone del fondo dominante dee in conseguenza

provare l'intraprendimento dell' opera, mentre questo è di fatto, e fonda il principio del possesso (§ 312) che non si può già presumere.

Art. CXI. Nel secondo caso spetta al padrone del fondo serviente l'obbligo della prova; imperciocchè la sua negativa ha per base una doppia asserzione, vale a dire, tanto relativamente all'oggetto, quanto al pericolo del tempo, mentr' egli sostiene che ciò ch'esisteva, più non esiste, e ciò, non già da breve tempo, ma dal termine della prescrizione stabilito dalla legge. Circa la non esistenza dell' opera nascerà ben di rado quistione, poichè l'ispezione oculare toglie ogni dubbio; ma ne nascerà facilmente intorno al periodo da cui più non esiste la fabbrica, e questa prova è a carico del padrone del fondo serviente, senza che sia autorizzato ad asserire, che siccome l'opera evidentemente più non esiste, ed egli sostiene che abbia esistito già prima dei trent' anni (§ 1478) o dei tre anni (§ 1488), debbasi credere alla sua negativa sin a tanto che l'attore non provi che sia perita posteriormente. Mentre, come che si deve ritenere per esistente una cosa che esisteva, fintantochè non venga provata la sua ruina, venendo questa provata, è da supporsi avvenuta di recente, ma non già da gran tempo, poichè la distruzione con riguardo a una determinata epoca è qualche cosa di fatto, la quale dee manifestamente essere provata sempre da chi la allega, e in conseguenza, nel concreto caso, dal proprietario del fondo serviente.

CXII. In quanto alla seconda specie di servitù (*servitutes discontinuae*) ho già motivato agli art. CIV, e CVIII che alcune di esse, ond'essere esercitate, abbisognano parimenti della erezione d'un'opera qual mezzo necessario, ed inoltre, eretta che sia, di ripetuti fatti, che tutte le altre all' incontro richiedono soltanto i fatti, ma non contemporaneamente anche l' opera. Ho a quelle dato il nome di composte (*qualificatae*), alle seconde, di servitù semplici. Rispetto a quest' ultime, la mera contraddizione della parte serviente che la servitù non sia stata esercitata durante il periodo della prescrizione legale, trasfonde l'obbligo della prova dell'effettivo esercizio nella parte dominante, imperocchè la prima fonda la propria asserzione sopra una semplice negativa.

Art. CXIII. La parte dominante indarno addurrebbe a suo favore, non essere presumibile, ch'essa non abbia esercitato il suo diritto, e con ciò rinunciato al proprio vantaggio; mentre, dove abbiamo noi una legge, la quale fondi la presunzione che abbiansi da risguardare come intrapresi dei diritti ch'eravamo in facoltà d'intraprendere? Verrebbe pure con ciò sbandita ogni giustizia, stravolto l'ordine del carico della prova, e dichiarato come soppresso ogni obbligo; giacchè, se i diritti avessero da considerarsi per esercitati, militerebbe eziandio, in forza d'una necessità la presunzione per la parte obbligata, ch'essa abbia adempito al suo impegno; ma con ciò andrebbe al tempo istesso interamente perduta l'efficacia della prescri-

zione e il benefico effetto divisato dalla legge, perchè una semplice proposizione negativa non ammette alcuna prova (art. CVIII), e in conseguenza verrebbe a mancare la condizione della prescrizione. Serva d'esempio la servitù di attigner acqua ad una fonte non chiusa.

Come mai si potrebbe in tal caso figurarsi che la parte obbligata sia in grado di provare, che la dominante non abbia nel decorso di trent'anni attinto acqua, se a tal uopo avrebbe dovuto far guardia alla fonte giorno e notte? Quanto facile non è viceversa al padrone della servitù il prestar la prova del fattone uso, avendo esso luogo sempre mediante fatti esterni manifesti, e per conseguenza cadenti sotto i sensi, e che appunto per questo può assai agevolmente provarsi col mezzo di testimonj. D'altronde la parte dominante, perfino nel rarissimo caso in cui possa temere l'obbiezione del non uso, vale a dire quando non si prevalga minimamente del suo diritto, a motivo che non può in quel tempo ritrarre alcun particolare vantaggio, non ha bisogno che di farne uso una sol volta, p. e. se sotto tali circostanze, competendogli il diritto di cacciare, non amasse esercitarlo, ben sapendo che nel fondo serviente non trovasi selvaggiume, ponesse piede nel fondo serviente, ancorchè in una piccolissima parte di esso, prima del termine dei trent'anni, munito di fucile (§ 1482) o in persona, o facesse così entrarvi il suo cacciatore (§ 312) ed al caso, per maggior precauzione, scaricasse anche un colpo.

Art. CXIV. Io voglio ribattere ancor una obbiezione la quale deriva da erronea interpretazione del vero senso d'alcuni paragrafi. *Il diritto reale di servitù sulle cose immobili e generalmente su queglio ggetti che sono inscritti nei libri pubblici, si può acquistare*, giusta il disposto del ∂ 481, *soltanto mediante inscrizione ne' libri medesimi*, e se il diritto è per tal modo acquistato, a senso del ∂ 350, *non può altrimenti cessare, se non allorchè sia cancellato dai libri pubblici, o venga inscritto al nome di un altro*. Da ciò si potrebbe, avvegnachè erroneamente, conchiudere, che se il diritto di servitù è inscritto ne' libri pubblici, non possa andar perduto col non uso, poichè l'inscrizione nei medesimi, dichiara chi ha il diritto, possessore continuo (∂ 321), e questi, a termini del ∂ 323, non può essere provocato a produrre il suo titolo, anzi a senso del ∂ 324, neppure nel caso in cui alcuno pretenda non potersi conciliare il possesso con altre presunzioni legali. Essendo quindi chiaro, che nessun possessore può essere obbligato alla prova, egli non può neanche, come molti potrebbero credere essere obbligato a provare che dall' ultimo uso in poi, non siano trascorsi trent'anni.

Risulta però da sè medesima l'inesatta applicazione dei surriferiti paragrafi, quando si ponderi il loro oggetto, e si abbia riguardo ad altri vicini ∂∂. Dai ∂∂ 323 e 324, altro non risulta se non che niun possessore possa essere obbligato a produrre il titolo del possesso, ch' è quanto dire a far conoscere il fondamen-

to legale che lo autorizza ad esercitare il suo diritto, poichè il diritto alla presunzione della legittimità è un' innato diritto, per che la illegittimità è fondata in cose di fatto, le quali per loro natura non si possono quindi presumere, ma debbono provarsi (§§ 17, 328). Se dunque alcuno trova inscritto nei libri pubblici il suo possesso di servitù, questo è anche da riguardarsi come legittimo fin a tanto che il padrone del fondo cui si pretende, non provi la illegittimità del titolo inscritto nei pubblici libri. Ma nel caso da me premesso in cui si sostiene la prescrizione in causa dell' omesso uso, non si muove già alcun dubbio intorno al diritto di acquisizione del possesso della servitù, anzi questa viene realmente confessata dalla parte serviente, dal momento che sostiene essersi di nuovo liberata dall' obbligo che le incumbeva, ed effettivamente sussisteva in conseguenza del non uso. In tal caso ricercasi dunque semplicemente chi dei due abbia da stabilire la prova intorno al non uso? Ho già ad evidenza dimostrato essere la parte dominante obbligata ad assumerla.

Ed in tal caso si soddisfa eziandio al tenor letterale del § 324, il quale termina con queste parole: *In simili casi chi pretende dee proporre la sua azione avanti il giudice ordinario, e provare il diritto prevalente che egli crede di avere.* Poichè siccome il semplice non uso di trent' anni (§ 1478, art. CI), e qualora la parte serviente si fosse opposta all' esercizio della servitù, il mero non uso dentro anni tre, ne porta seco la cessazione (§ 1488), ne deriva manifestamente la il-

legalità del possesso della servitù ancor sempre inscritto nei pubblici libri, la quale in seguito di sentenza passata in giudicato, dev' essere anche dai libri stessi cancellata (1499).

Art. CXV. Rimane ancor a discutersi cosa sarà di ragione rispetto alle servitù composte (*qualificatae*) (art. CXII.) Avendo io dimostrato agli art. CIV e CVIII, che l'esercizio di quelle servitù, il quale oltre alla costruzione dell' opera, abbisogna eziandio di fatti replicati, consiste, non nella semplice esecuzione dell' opera, ma nell' intraprendimento di quei fatti, ne risulta che la loro omissione caratterizza il vero non uso, che in conseguenza in merito all' obbligo della prova è di diritto quanto si è sostenuto agli art. CXII, CXIV, riguardo a quelle servitù che non richiedono alcuna opera, ma solo dei ripetuti fatti (*a*).

Art. CXVI. Ora nasce il quesito, cosa sarebbe di diritto, se venisse diviso il fondo dominante o serviente, e nel primo caso, un solo dei padroni domi-

(*a*) Si dà un caso in cui per qualsivoglia lungo non uso, se foss' anche di cento anni, la servitù non si estingue, quando cioè il proprietario della servitù assume pel concedutogli diritto un annuo obbligo, p. e la prestazione d'una rendita annuale, e la corrisponde ancha senza interruzione; poichè dal momento che il padrone del fondo serviente l' accetta, riconosce con ciò il diritto del proprietario della servitù, per cui, secondo il disposto del § 1497, viene impedito il corso della prescrizione. Il Codice Prussiano ha espressa letteralmente l'anzidetta massima alla p. I, tit. XIX, § 32, ma non così il nostro, essendo essa una necessaria conseguenza del § 1497.

nanti esercitasse la servitù, nel secondo caso il dominante la esercitasse soltanto sopra una parte, e non anche sopra l'altra; potrà forse nel primo caso la parte serviente asserire dopo spirato il termine d'anni trenta che contro uno dei dominanti sia cessata la servitù, e nel secondo caso potrà una delle parti servienti sostenere che mediante il non uso sia cessata la servitù riguardo alla sua porzione? Nella L. 6, ∮ 1, D. *quemad. ser. amitt.* tale quistione viene decisa in questo modo: *O vien diviso il fondo dominante, e in tal caso è lo stesso affatto come se la servitù fosse stata in origine conceduta a due fondi. Nascono dunque due servitù stanti da sè medesime, e per conseguenza mediante il non uso per parte d'un fondo, va perduta soltanto la servitù riguardo ad esso. Se poi viene diviso il fondo serviente, dipenderà dalla circostanza, se sia stato o no stabilito un certo spazio per l'esercizio della servitù. Nel primo caso è di ragione ciò che si è prescritto riguardo alla divisione del fondo dominante; nel secondo caso poi, se p. e. venisse assegnato un determinato spazio pel passaggio con carro, è da vedere, se la strada sia divisa per traverso o per lungo; nel primo caso non esiste che una sola servitù, quindi se non si fa uso, passandovi, che della sola metà, non cessa per causa del non uso, il diritto verso l'altra metà.*

Per verità che con siffatte distinzioni, delle quali ribocca il diritto Romano, il giureconsulto voglioso d'instruirsi non potrebbe a meno di non sudare d'am-

bascia. Forse che un Codice elaborato sistematicamente, e la filosofia del diritto che dee servire di base al medesimo, richiedono una distinzione simile a quella surriferita, perchè ogni variata circostanza fonda un altro rapporto legale, che deve in conseguenza giudicarsi giusta le massime per esso stabilite? Io voglio astenermi da una discussione dissenziente, appigliandomi ad una via più breve cioè col cercar di sciogliere il presente quesito coll' appoggio del nostro Codice. Se l'esito sarà tale, com'è da sperare, che desso venga pienamente sciolto da una massima semplice, la quale renda superflue le mentovate distinzioni, si verrà di nuovo a convincersi, che il nostro Codice, sebbene non decida alla lettera la presente ed infinite altre proposizioni, è nulla meno perfetto, e per la sua semplicità merita la preferenza al Codice Romano.

Onde sciogliere giustamente questo quesito, occorre a parer mio una sola distinzione non contenuta nella surriferita legge Romana, ed è: se la divisione operata dalla parte dominante o serviente sia stata o no approvata dall'altra parte? Nel caso affermativo nascono realmente due fondi diversi, tanto dalla intenzione di quegli che intraprende la divisione, quanto dall' altro che vi acconsente, laddove ne viene di necessaria conseguenza che nascerebbono anche due servitù; poichè dove trovansi due fondi dominanti, o due servienti che appartengono a diversi proprietarj, sussistono anche tutte le condizioni fondamentali di

due servitù che stanno da sè medesime. Il risultato ne è quindi, che il non uso d' una servitù può portar seco la perdita di questa, ma non anche dell' altra servitù. Se poi l' altra parte non ha annuito alla divisione, non ha luogo verun cambiamento nemmeno riguardo alla servitù, poichè i diritti in vigore possono estinguersi o andar soggetti a variazione soltanto di reciproco espresso oppur tacito consenso (§ 863), ma non già mediante fatti intrapresi da una sola parte.

Può dunque in qualsivoglia modo esser diviso il fondo dominante o serviente, purchè nel primo caso almeno uno dei consorti, nel secondo caso il solo avente diritto eserciti la servitù sopra qualunque si sia porzione del fondo serviente; il non uso dell'altro consorte, o dell' unico proprietario sopra una parte del fondo obbligato non potrà produrre alcun effetto legale, e molto meno quindi portar seco una parziale estinzione della servitù. Imperciocchè siccome, a malgrado della divisione, il fondo è sempre ancora da risguardarsi come indiviso, e siccome inoltre, se uno dei consorti aventi diritto ha esercitata la servitù, il fondo dominante si trova in istato d'effettivo esercizio della medesima, e quand' anche esso abbia luogo soltanto nella più piccola parte del fondo serviente, il diritto verso l' altra parte non usata, non viene già a limitarsi perchè il diritto reale d'una servitù compete ad un fondo sopra un altro fondo, quindi anche alle singole parti sopra tutte le singole parti

(§ 1482) (*a*); e in conseguenza non si può in verun modo allegare il non uso. Questa illustrazione attinta alla filosofia del diritto non abbisogna in vero per sua natura, attesa la sua giustezza chiara ed evidente, di verun' altra prova; voglio tuttavia addurne una, puramente per dimostrare che questa decisione della filosofia del diritto, è, come sempre, anche nel concreto caso, la voce del nostro legislatore.

I §§ 847, e 485 somministrano questa prova. Il primo stabilisce la massima generale che *la semplice divisione di qualunque siasi bene comune non può pregiudicare al terzo. Tutti i diritti di pegno di servitù e gli altri diritti reali si possono esercitare dopo la divisione egualmente che prima* (*b*); conseguente è

(*a*) *Servit. in toto fundo, tota est, et tota in qualibet parte. Arg. l.* 9, *D. de Serv. Per partes servitus retinetur L.* 8. *D. eod tit.*

(*b*) A prima vista pare che venendo diviso il fondo dominante, e dovendo amendue i comproprietarj esser autorizzati ad esercitare la servitù, si verifichi per ciò un cambiamento nella servitù, e che questa debba per lo meno riuscire più gravosa alla parte serviente; p. e. se nel caso della costituzione del diritto di pascolo, vien raddoppiato il numero del bestiame, e che invece d'una greggia ne compariscono due sulla prateria. Conviene però a senso del § 500, riflettere, che se queste due greggie, prese assieme, vengono a formare solamente quel numero che può venir nudrito durante l'inverno col foraggio raccolto sul fondo dominante, viene radunato soltanto quel numero che avrebbe potuto provvedere anche l'unico proprietario del fondo dominante, e che per conseguenza in tal caso null' altro succede, se non ciò che può aver luogo in forza della servitù. Del resto siffatto numero non può già essere ecceduto dal-

dunque il disposto del § 485, in questi termini: *qualunque servitù si considera anche per indivisibile, in quanto il diritto inerente al fondo non può per aumento, diminuzione, o divisione del fondo medesimo essere mutato o diviso.*

Può dunque dividersi il fondo dominante o serviente senza il consenso dell' altra parte, che la divisione secondo il chiaro tenor della legge, non potrà cagionare cambiamenti sotto verun aspetto, e in conseguenza nemmeno riguardo al non uso (c). Posto dunque che venga diviso il fondo serviente, e ch' io eserciti insieme a' miei successori una servitù di qualsivoglia specie soltanto sopra una parte e non sopra l' altra del fondo, l' avversario non potrà sostenere d' essere stato liberato in virtù del non uso; poichè se il fondo non fosse stato diviso a senso del § 1482,

l' unico proprietario, quindi nemmeno dal comproprietario. L'esercizio deve altronde effettuarsi nell' istesso modo affatto di prima § 485), conseguentemente le due mandre dovranno di regola venir custodite soltanto da un pastore, e nel caso d' un' altra servitù, p. e. quella dell'acquidotto, qualora consista semplicemente nel diritto di condur l' acqua per un solo canale i consorti dovranno dividersi l'acqua soltanto dopo che sarà arrivata nel fondo dominante; poichè quanto intraprendono i consorti aventi diritto sul loro proprio fondo, non può essere loro impedito, mentre ciò ha luogo, non già in forza della servitù, ma in forza del diritto di proprietà loro competente, ciocchè vale anche in merito alla divisione dell'acqua giunta al loro fondo, tanto più ch' essa è parimenti divenuta loro proprietà.

(c) *Cum fundus fundo servit, vendito quoque fundo, servitutes sequuntur. L. 12. D. commun. praed.*

esercitando il mio diritto sopra la più piccola parte, io non verrei limitato ne' miei diritti verso l'altra; in conseguenza anche nel caso di seguita divisione senza il mio consenso, io non posso venir circoscritto all'altra porzione, poichè altrimenti quella divisione verrebbe a produrre, contro il tenore della legge, un cambiamento, ed a cagionarmi un manifesto pregiudizio.

Ammesso inoltre ch' io dividessi il fondo dominante co'miei coeredi, e ch' io solo esercitassi costantemente il diritto di servitù, e il mio coerede all'opposto mai, ciò nulla meno egli non andrebbe soggetto alla perdita della medesima, perchè s' io fossi unico padrone di questo fondo e che il mio modo d' esercizio partisse soltanto da una metà, e non anche dall' altra, io non verrei per l'avvenire limitato nel diritto d' esercitare la servitù anche dall'altra parte, e non l' avrei quindi perduta rispetto a quest' ultima (§ 1482), poichè il subbietto della servitù è il fondo dominante medesimo (art. LXV), ed esso trovasi in pieno esercizio ancorchè questo s' estenda alla più piccola parte, imperocchè il diritto è esteso alla totalità e in conseguenza ad ogni singola parte (*d*). Il mio coerede non può dunque soffrir perdita anche nel caso di avvenuta divisione, non potendo questa portar seco alterazione alcuna (§§ 1482, 847).

Non v'è bisogno di prova che, giusta lo spirito

(*d*) *L.* 23, § 3, *D. S. P R. L.* 13, § 1, *L.* 21 *et* 22, *eod tit. L.* 9. *de serv*,

della legislazione Austriaca insorgano effettivamente due servitù diverse, quando abbia luogo una divisione col consenso dell'altra parte, poichè quegli che vuole la premessa, conviene per legale necessità anche nella conseguenza che necessariamente ne deriva. Ora chi acconsente alla divisione, p. e. d'un pascolo in due parti, viene con ciò altresì a concedere che si formino due fondi separati, e in conseguenza due servitù; e se questa vien esercitata solamente sopra un fondo, e non anche sopra l'altro, va essa dopo il decorso di trent'anni perduta sopra quest'ultima, e ciò anzi senza differenza se la divisione, p. e. del passaggio con carro, abbia avuto luogo per traverso o per lungo.

Art. CXVII. Ma chi dovrà esercitare la servitù onde non vadi perduta in conseguenza del non uso?

Dovrà a tal effetto essere la parte dominante stessa che la esercita, o gliene competerà forse l'uso anche a mezzo d'altre persone? Io credo poter asserire questa seconda proposizione. Solo ricercasi qual sia la massima che c'istruisce sotto qual presupposizione possano persone terze conservarci coll'uso loro la servitù?

Siccome, giusta il disposto dal § 473, *il diritto della servitù è congiunto col possesso d'un fondo pel più vantaggioso e più comodo uso del medesimo*, dipenderà dalla circostanza, se mediante l'uso fatto da terze persone venga realmente procurato al fondo dominante il vantaggio che formò lo scopo

della costituzione della servitù; se ciò ha luogo, anche il fondo dominante ha fatto uso della servitù, e venne così anche realizzata tanto la condizione voluta dalla legge, quanto quella che richiede la filosofia del diritto. È dunque indifferente che l'istesso proprietario, oppure un terzo, p. e. l'utilista, il possessore di buona o mala fede, l'usufruttuario o conduttore, e simili (*a*), abbia esercitato la servitù del diritto di pascolo, del passaggio a piedi, o d'altra servitù, poichè in tutti questi casi il vantaggio della servitù ridonda realmente in favore del fondo dominante. Aggiungasi inoltre la riflessione che l'utilista, è anche un proprietario, e il possessore di buona fede, un proprietario presunto (§§ 323, 329, 372); per ciò poi che concerne il possessore di mala fede, l'usufruttuario, e il locatore, non sono questi per verità da considerarsi per veri possessori, ma soltanto come semplici detentori del fondo (*b*), poichè qualunque sia il diritto di proprietà di cui si tratti, essi

(*a*) *Servitus et per socium et per fructuarium et bonae fidei possessorem nobis retinetur. L.* 5, *D. quemadm. Serv. amitt. Qui fundum alienum bona fide emit, itinere, quod ei fundo debetur, usus est. Retinetur id jus itineris, atque etiam si precario, aut vi dejecto domino possidet. Fundus enim qualiter se habens* (*ita*) *cum in suo abitu possessus est, jus non deperit: neque refert, juste nec ne possideat, qui talem eum possidet. L.* 12, *D. quem serv. amitt.*

(*b*) I civilisti dicono che simili individui trovansi in possesso ma non sono possessori: *sunt in possessione, at non sunt possessores.*

lo esercitano, non a loro proprio, ma bensì a nome del proprietario (§§ 309, 318) (c).

Per vero possessore devesi dunque risguardare lo stesso proprietario, poichè si può possedere anche col mezzo d'altre persone (§§ 310, 312, 352, e 355.), e per tal modo mantenersi in possesso colla sua semplice volontà (§ 352). L'uso quindi fatto mediante quelle persone ridonda in vantaggio del proprietario. È tanto evidente che se il proprietario, o le testè menzionate persone, commettono ad altri l'esercizio della servitù, come p. e. al cacciatore od ai loro buoni amici l'esercizio della caccia, ad un domestico quello del diritto di pascolo, la servitù si mantiene per ciò in effettivo pieno esercizio, perchè ne ridonda realmente un vantaggio al fondo dominante ed in senso legale, è lo stesso se esercitiamo un diritto noi medesimi, o se lo esercita una terza persona in nome nostro (§§ 312, 315, 355, 356).

Sarebbe assurda l'obbiezione che la parte dominante non potesse conferire ad un terzo la facoltà dell'esercizio, perchè il § 485, ordina espressamente che *una servitù non può essere trasferita a verun altra persona*. Si ponderi questo paragrafo in tutta

(c) È ben vero che il possessore di mala fede, giusta la sua intenzione, vuol possedere la cosa in proprio nome: ma questa intenzione non verrà, almeno quando sia provata la mala fede, valutata, e sarà giudicato secondo le massime pronunciate nel capit. 22, riguardo ai mandatarj (§ 1039,) cosicchè come mandatario egli rappresenta incontrastabilmente il proprietario stesso.

la sua connessione, nè si potrà a meno di non convincersi che il citato passo di legge è da limitarsi all'unico caso, in cui s' intendesse di trasferire la servitù ad altra persona in guisa che a questa appartenesse la servitù come diritto a lei medesima competente; imperocchè ciò non può assolutamente aver luogo, venendo le servitù costituite soltanto per più vantaggioso e comodo uso del fondo dominante (§ 473), per conseguenza il fondo che gode il diritto, deve essere considerato come il vero subbjetto, e appunto per ciò, come parimenti esprime il § 485, *non possono essere separati, nè trasferite ad un' altra cosa*, *p. e. ad un fondo vicino, o ad un' altra persona*, quindi, ciocchè non si può mettere minimamente in dubbio, *non possono venir affittate separatamente*, *ma soltanto insieme al fondo dominante* (*d*).

Del resto che la parte dominante sia autorizzata ad incaricare altre persone dell' esercizio d' una servitù prediale in suo nome, non havvi alcun dubbio, perchè la cura di qualunque diritto, in quanto che la legge od il contratto non stabilisce eccezioni, può essere affidata ad un terzo (§§ 1002, 1006, 1008), e senza questa sostituzione la maggior parte delle servitù prediali non potrebbero procurare alcun vantaggio, come p. e. il diritto di pascolo, o il diritto

(*d*) *Ex meo aquae ductu, Labeo scribit, cuilibet posse me vicino commodare: Proculus (contra), ut ne in meam partem fundi aliam, quam ad quam servitus adquisita sit, uti ea possit. Proculi sententia verior est. L. 24, de serv. P. R.*

di tagliar legne; qualora il padrone del fondo serviente potesse sostenere che la parte dominante avesse in persona da pascolar la sua greggia, o tagliare la legna. Da ciò ne viene incontrastabilmente, che se quegli che ha il diritto, p. e. nel caso della costituzione delle servitù di passare con carro, non vi passasse mai egli stesso, che all'opposto il suo agente, uno de'suoi servi, o il suo chiamato medico fosse, durante lo spazio di trent'anni, passato con carro almeno una volta (*e*), quest'uso basterebbe per escludere la prescrizione, avendo egli per tal modo realmente usato della strada. In conferma di quest' asserzione serve eziandio il § 492, il quale dichiara espressamente che il diritto di passaggio a piedi comprende in sè il diritto di passare pel sentiero, di farvisi portare, o di far venir altri da sè. S' io dunque fo andar o venir alcuno con carro in mio nome, io ho per tal modo esercitato egualmente la servitù del passaggio con carro (§§ 6 e 7).

Art. CXVIII. Si può supporre il caso che sia da risguardarsi come non usata una servitù, ancorchè il costituito diritto principale sia stato esercitato. Questo caso verificasi, giusta l'opinione dei civilisti, allorquando la servitù non vien esercitata nel modo convenuto, e non al tempo stabilito (*non exercendo*

(*e*) *Usu retinetur servitus, cum ipse, cui debetur, utitur, quive in possessione ejus est, aut mercaenarius, aut hospes, aut medicus quive ad visitandum dominum venit, vel colonus, aut fructuarius. L.* 20, *D. quem. servit. amitt.*

servitutem per modum et tempus). Secondo il diritto Romano si dovrebbe associarsi pienamente a questa opinione, perchè il tenore della legge è troppo chiaro (*a*). Ma noi non abbiamo nel Codice Austriaco alcuna legge, la quale decida letteralmente la quistione; imperocchè in niun luogo è prescritto che un diritto esercitato in modo irregolare, od a tempo improprio, sia da considerarsi come perduto. Cosa sarà dunque di ragione in un tal caso? Ella è cosa evidente, secondo la filosofia del diritto, che l'esercizio d'una servitù, il quale venga intrapreso in un modo diverso da quello convenuto, può essere considerato come un vero non uso solo nel caso, che venga per tal modo esercitato un diritto affatto diverso da quello che fu conceduto. Cosa dunque richiederassi onde poter in senso giuridico effettivamente sostenerlo? Io sono d'avviso che a tal uopo debba procedere un cambiamento riguardo alle parti integranti essenziali che qualificano la servitù e in generale qualunque diritto (§ 1376), che in conseguenza, in luogo del diritto principale, ne venga sostituito un altro cui non si abbia verun titolo di pretensione, come p. e. qualora, invece dell'acquidotto, si volesse esercitar il diritto d'attinger l'acqua, o perfin anche del pascolo, oppure che venisse intrapresa una innovazione o riguardo al subbjetto od all'oggetto.

Se vien esercitato un diritto onninamente diverso,

(*a*) *L.* 10, § 1. *quemad. serv. L.* 18, *pr. eod. L.* 17, *pr. de aqua pluv.*

è chiaro che quello ch' è stato costituito cessa, perchè consta del suo non uso. Quale subbjetto d'una servitù intendesi il fondo dominante, quale oggetto della medesima, il fondo serviente (art. LXV). Venendo cambiato l'uno o l'altro, è parimenti innegabile, che vien esercitato un altro diritto, e non quello stato accordato, e che in conseguenza si verifica un vero non uso. Qualche esempio servirà di schiarimento. Se viene accordato al mio fondo *A* il diritto di pascolo nel prato *B*, e che venga esso esercitato non da me, ma da un altro proprietario di fondo; oppure s'io faccio bensì pascolar il mio gregge sul fondo *B*, ma invece del gregge del mio fondo *A*, quello del mio fondo *C*, oppure che faccio bensì pascolar il primo, non però nel prato *B*, ma nel prato *D*, in tal caso il non uso della costituita servitù è posto fuor d'ogni dubbio; poichè se invece della parte avente il diritto, lo esercita chi non lo ha, ovvero se lo esercita quella realmente, ma però verso un oggetto affatto diverso, quindi senza facoltà, spariscono tutti i caratteri essenziali costituenti il diritto, massimamente perchè il § 485 dichiara con precisione, che le servitù non possono venire arbitrariamente trasferite ad altra persona o cosa; mentre sono esse pur costituite soltanto in vantaggio d'un determinato fondo (§§ 471), per conseguenza anche siffatto ingiusto uso, è, in senso legale, da considerarsi per un non uso. Da ciò ne viene adunque, che l'uso d'una determinata servitù sussiste realmente solo allorquando procede dal fondo

dominante, e vien esercitato sopra quello serviente. La conseguenza ne è quindi, che se un simile non uso continua per lo spazio d'anni trenta, si estingue la conferita servitù (§ 1478), senza che il dominante possa allegare d'averla effettivamente esercitata. Imperciocchè, siccome, giusta il disposto dal § 1376, il cambiamento sia del titolo del diritto, sia dell'oggetto principale, è una vera innovazione, la quale, a senso del § 1377 porta seco l'estinzione del diritto principale che sussisteva, e per fin anche dell'accessorio (§ 1378), a motivo che sparirono gli essenziali requisiti costituenti il diritto, così il dominante non ha nel frattempo nè pur esercitato quel diritto, ma piuttosto un altro del tutto differente. Ma e potrà egli forse aver acquisito, mediante l'usucapione, il diritto esercitato in quel frattempo?

No assolutamente; poichè mancano tutti i requisiti necessarj per l'usucapione (§ 1460) ed in particolare la buona fede, senza la quale, nemmeno il possesso per trent'anni può fondar un diritto (§ 1477) (*b*).

Se all'opposto si verificasse un cambiamento, non intorno al diritto del subbietto, o dell'oggetto, ma soltanto riguardo all'esercizio della servitù, io sono di parere, che il diritto competente è ancor sempre in istato d'esercizio, e che non si possa quindi parlare del suo non uso. La prova di questa proposi-

(*b*) Se i suoi eredi possano cominciar l'usucapione dal giorno del loro possesso, lo discuteremo agli art. CCII. CCIII.

zione trovasi, a meno che non si voglia sbandire del tutto le analogie del diritto, nel § 1379, dove è detto, *che le più precise determinazioni circa il luogo, tempo, e modo di eseguire l'obbligazione già esistente, e le altre accessorie, colle quali non si fa alcuna mutazione riguardo all' oggetto principale o al titolo di diritto, non sono da riguardarsi come innovazione.* Che tutto ciò sia da riferirsi al modo d' esercitare una servitù, lo espressero chiaramente il § 498, ed i quattro consecutivi §§ in merito al diritto di pascolo. Il modo consiste dunque nella specie, e nel numero del bestiame, nel tempo e nella misura del godimento che si pretende dal diritto di pascolo. Sia dunque che la parte dominante si valga del proprio diritto o con una specie di bestiame tutto diversa, p. e. con pecore, in luogo d' animali bovini, con un numero maggiore, anziché minore, in tempo di primavera, piuttosto che d' autunno, od in una misura maggiore di quella che fu pattuita; tutto questo non può ancora valere per un non uso. La qual cosa trova la sua applicazione, giusta il disposto dal § 503, anche rapporto a tutte le altre qualità di servitù, come p. e. qualora la costituita servitù della presa del salvaggiume fosse limitata alla caccia ordinaria mediante un solo cacciatore nella stagione d' autunno, ed anzi in una determinata situazione, e all'opposto che la parte dominante estendesse quel diritto alla caccia delle fiere nobili con più cacciatori perfino durante l'inverno e nella bandita delle fiere ad esso non conceduta; impe-

rocchè in tutti i mentovati casi il diritto di pascolo, come pure quello della caccia, trovansi in effettivo esercizio; solamente che il diritto d'esercizio è stato sotto ogni rapporto ecceduto, ciocchè però non può portar seco la cessazione del diritto principale, mentre nell'eccesso dell'uso è compreso anche l'uso legale, e in conseguenza l'esercizio dell'accordato diritto. La parte serviente potrà quindi chiedere la cessazione dell'abuso, alla qual cosa ella sarà sempre autorizzata anche dopo il decorso d'un tempo immemorabile, poichè gli ecceduti confini d'un diritto rendono il possessore ingiusto e di mala fede (§ 327), il quale non può trovar alcun appoggio nella usucapione (§ 1477). Contro questa proposizione potrebbe forse applicarsi il § 498 secondo il quale, rispetto al modo d'esercizio d'una servitù, dev'essere protetto il possesso tranquillo di trent'anni. Ma l'istesso § contiene la risposta, mentr'esso presuppone il caso che nel contratto non sia stata stabilita cosa alcuna riguardo alla specie ed al numero delle bestie, non che riguardo al tempo ed alla misura del godimento; ma se fu convenuto sopra queste circostanze, in tal caso nulla affatto decide anche un possesso pacifico di qualsivoglia durata.

Art. CXIX. Venendo agitata la quistione, se si estingua la servitù per effetto di non uso, qualora due vicini, ai quali compete la servitù medesima, p. e. dell'acquidotto, però a tempi diversi, v. g. all'uno di giorno, all'altro di notte, concertassero tra loro di voler cambiare riguardo al tempo dell'esercizio la qui-

stione sarebbe da riscontrarsi negativamente, poichè, com'è dimostrato, l'esercizio a tempo indebito, non costituisce il non uso. Anche secondo il diritto Romano la proposizione verrebbe negata, non però pelle addotte ragioni (poichè i Romani risguardavano in generale come non uso l'esercizio non autorizzato (*a*)), ma perchè si può valersi del proprio diritto anche per mezzo d'un mandatario, e nel supposto caso cadauna delle parti dominanti deriva l'acqua in nome dell'altra (*b*). Tuttavia, secondo il diritto Austriaco, non occorre questa prova, anzi dessa non serve neanche in appoggio della mia asserzione, perchè io la risguardo sott'ogni aspetto fallace. Mentre, sebbene sia vero che, di regola, si possa trasferire ad un altro qualunque diritto, questa regola è tuttavia, riguardo alle servitù, soggetta a limitazione. Imperciocchè, siccome le servitù prediali vengono costituite unicamente pel più vantaggioso o comodo uso del fondo dominante (§ 473), così *non possono*, giusta la loro indole, e appunto per tale ragione, anche a senso del § 485, *venir trasferite ad un'altra cosa o persona*; quindi egli è anche un principio totalmente erroneo che il proprietario d'una servitù possa esercitarla mediante un altro proprietario di fondo. Se dunque i Ro-

(*a*) *L.* 10, *D. Serv. L.* 17, *pr. eod. de aqua pluv.*

(*b*) *L. Pluribus aqua debebatur certis horis separatis, et illi permutarunt inter se horas, nihilhominus retinent servitutem singuli quia quisque eorum servitutem per alium exercit. L.* 5, § 1, *de aqu. quot.*

mani volevano far valere come non uso un esercizio intrapreso a tempo indebito, non dovevano nè pure ammettere quella eccezione.

Art. CXX. Ho rimarcato all' art. LXXXIV, che i motivi dell' omesso esercizio della servitù consistono talvolta, non già nella sopraggiunta impossibilità dell' uso della medesima, ma piuttosto perchè essendosi cambiate le circostanze, l' esercizio non procura più alcun vantaggio a chi vi ha diritto. A fine d'esaurire quest' argomento, passo ora a discutere le conseguenze legali di questa asserzione. Il caso, che io m' immagino potrebb'essere, presso a poco, il seguente. Il proprietario della casa dominante al quale compete la servitù di appoggiare il peso (*servitus oneris ferendi*) si risolve d'alzare la propria casa d' un piano. Ora siccome egli non è autorizzato ad alzare il muro serviente su cui giace il suo tetto, perchè le servitù non possono venir estese, ma debbono anzi ristringersi in quanto il comportano la natura e lo scopo della costituzione (§ 484), e siccome inoltre il padrone dominante non può in generale intraprendere alcun cambiamento per cui la servitù si renda più gravosa, ma soltanto ciò che potesse alleggerire il peso del fondo serviente (§ 491) (*a*), così altro assolutamente non gli resta, se non che di levar il tetto dal muro serviente e fabbricarsi un muro

(*a*) *Et omnino sciendum est, meliorem vicini conditionem fieri posse, deteriorem non posse. L.* 20, § 5, *D. de S. P. R.*

proprio limitrofo, il quale porti il peso del suo tetto. Egli dunque lo fabbrica; ricercasi ora se il diritto della servitù cessi senz'altro, mentr' egli coll' intraprendere l' opera ha dato a divedere in un modo non dubbio, essere sparito qualunque vantaggio della costituita servitù, e con esso anche il requisito legale? No certamente, perchè le servitù non si estinguono mediante la semplice cessazione dell' uso, a meno che non venga ommesso per tutto il periodo di tempo stabilito dalla legge (§ 1479). L' unico caso di eccezione, sarebbe quando venisse prima realmente rinunziato alla servitù, la qual cosa non si può al certo inferire soltanto da quella fabbrica, potendo cambiarsi le circostanze per qualche caso accidentale, quindi tornar l'epoca in cui l'edificatore sia in situazione di poter con vantaggio esercitare di nuovo la servitù nel modo originariamente concedutogli; per il qual caso, sebbene non tanto facile a supporsi, egli intendeva sicuramente riservato il suo diritto, come in fatti gli è riservato; poichè volendo riferirsi ad una tacita rinunzia', non dee a senso del § 863, considerate tutte le circostanze, rimaner alcun ragionevole fondamento per dubitarne.

Art. CXXI. Si è già motivato, che la parte dominante può rinunziare al diritto della servitù, quindi desistere in qualunque epoca dall' esercizio di essa, ancorchè, sotto certo qual rapporto, ridondasse in vantaggio della parte serviente, p. e. perchè nel caso della servitù d' acquidotto, dessa profitta dell' acqua che scorre. Questo diritto regge pienamente anche

nel caso in cui cangiandosi le circostanze cessasse qualunque vantaggio in favore della parte dominante, e ricadesse soltanto in favore della parte obbligata. Così p. e. se fosse costituita la servitù affermativa dello stillicidio, il padrone del fondo dominante sarebbe senz' altro autorizzato a far passare di nuovo lo stillicidio nel fondo proprio, avendone egli stesso attualmente bisogno, forse per inaffiare un suo nuovo giardino, o per procurare lo sgombramento del canale, ch' egli ha intenzione d' aprire nel proprio fondo, per guidarlo nel canale pubblico costrutto di recente davanti la sua casa, imperciocchè la servitù è stata costituita a suo vantaggio, quindi colla mira ch' essa sussista a suo riguardo, come un diritto, a riguardo della parte tollerante all' opposto, come un obbligo; in conseguenza dessa dovrà anche nei più tardi tempi essere trattata a riguardo suo come un diritto, cui egli dev' essere in facoltà di rinunziare.

INDICE DELLE MATERIE

DEI SINGOLI ARTICOLI

DEL QUINTO CAPITOLO

intorno alla Servitù di Stillicidio, ed altre Servitù l'oggetto delle quali è l' acqua.

Art. CXXII. *Riguardo allo stillicidio può darsi il caso, secondo il parere di molti, che non si possa distinguere chi sia il padrone dominante; che in conseguenza abbiasi da proteggere l' attuale stato di possesso.*

CXXIII. *Per dimostrare l' erroneità di questa asserzione, convien metter in chiaro la non ancor dilucidata idea della servitù di stillicidio.*

CXXIV. *Distinzione fra servitù affermative e negative.*

CXXV. I §§ 475 e 489 *contengono una duplice servitù affermativa, cioè lo stillicidio semplice, e il diritto di poterlo far scolare a guisa di fiume nel fondo vicino.*

CXXVI. *Onde poter determinare se quegli, al quale fu accordato il diritto di stillicidio, sia in facoltà di deviarlo, è da vedersi, se il diritto di devia-*

zione sia un mezzo adattato per liberarsi dallo stillicidio.

CXXVII. *Ha luogo il caso del semplice stillicidio quando si concede al vicino soltanto il diritto di dare al suo tetto una direzione obbliqua verso il nostro fondo.*

CXXVIII. *Qualora fosse stato accordato ad un edifizio il diritto di stillicidio in generale, senza che sia stata fatta veruna menzione espressa del diritto di deviazione, questo competerà tuttavia, qualora lo stillicidio non potesse altrimenti scolare nel vicino fondo.*

CXXIX. *Nulla meno la raccolta acqua non potrà cadere a guisa di fiume, ma vi dovrà essere condotta entro cannoni chiusi.*

CXXX. *Venendo accordato il diritto di deviare tutta l'acqua che fermasi in un edifizio, s'intende propriamente la deviazione di tutto il corpo di acqua, ossia dei fluidi.*

CXXXI. *La servitù urbana di poter far passare i fluidi, non si distingue, nella cosa principale, dalla servitù rustica dell'acquidotto, e le servitù non abbisognano d'una causa perpetua.*

CXXXII. *Il* § 489, *contempla propriamente una triplice servitù.*

CXXXIII. *Conseguenze di questo esame.*

CXXXIV. *È falso che nei* §§ 490 *e* 491, *trattisi della negativa servitù di stillicidio.*

CXXXV. *Il* § 490, *tratta parimenti dell'affermativa*

deviazione dello stillicidio ed il § 491, *dell' affermativa deviazione dei fluidi.*

CXXXVI. *La differenza consiste soltanto, che nel* § 489 *si tratta del diritto di condurre l' acqua dal suo nel fondo altrui, e nei* §§ 490 *e* 491, *del diritto di condurla dal fondo altrui nel fondo proprio.*

CXXXVII. *Il diritto di deviazione dei fluidi può, egualmente che il diritto di derivarli, procurare tre diverse specie di servitù.*

CXXXVIII. *Giusta idea della servitù di stillicidio.*

CXXXIX. *Sebbene tanto il padrone dello stillicidio, quanto anche quegli che lo riceve, possa essere il dominante, si può sempre riconoscere molto bene quest' ultimo.*

CXL. *Il vicino che riceve l' acqua non può, qualora egli l' avesse goduta da tempo immemorabile, riportarsi a verun acquisito diritto.*

CXLI. *In generale, nel dubbio, si ritiene pel dominante quegli che fa passar l' acqua nel fondo altrui.*

CXLII. *La circostanza che quegli il quale fa passar l' acqua nel fondo altrui non abbia sostenute le spese di conservazione dei cannoni e canali, non porta seco la conseguenza ch' egli sia da risguardarsi per la parte obbligata.*

CXLIII. *Ond' esaurire i più difficili quesiti che risguardano la materia delle servitù, si passa a trattarne tre delle più importanti.*

DELLA SERVITÙ DI STILLICIDIO
ED ALTRE SERVITÙ
L'OGGETTO DELLE QUALI È L'ACQUA

CAPITOLO QUINTO

Art. CXXII. Intorno alla servitù di stillicidio potrebbe però nascere una singolare quistione, non tanto facile a immaginarsi riguardo alle altre servitù, imperocchè la servitù di stillicidio è in sè stessa d'indole tale, che quegli che riceve l'acqua può essere sibbene la parte dominante che la serviente, secondo che il riceverla, le ridonda in vantaggio o in aggravio, la qual circostanza non può aver luogo nelle altre servitù, che hanno per oggetto l'immissione o la introduzione di qualche cosa. Quegli p. e. nel di cui edifizio sono immesse le travi del vicino, non potrà essere mai supposto il dominante, poichè, di regola, tutte le immissioni o introduzioni, tranne quella dell'acqua, debbono riuscire gravose al vicino. Cosa sarà dunque di ragione se, sussistendo la servitù dello stillicidio, si verificasse la circostanza, che,

come molti vogliono, non si potesse con tutta certezza determinare, quale dei due proprietarj di fondo sia da considerarsi pel dominante? Il contratto di costituzione andò smarrito, e non fu registrato nei libri pubblici (a), nè si può nemmeno dalle circostanze desumere nulla, perchè l'epoca della costituzione, conseguentemente il primitivo modo d'esercizio, il quale, a seconda delle circostanze, potrebbe offrire qualche dilucidazione (§§ 498, 503), eccede la memoria d'uomo vivente; lo scolo dell'acqua piovana si effettua in guisa, che quella che si raduna nello spazio del cortile d'una casa, scorre in quella vicina mediante un cannone il quale viene mantenuto da cadaun proprietario sul fondo suo; altronde l'acqua ha procurato sempre a chi la deviò, il vantaggio di liberarsene, ed a quegli che la ricevette, quello di servirsene onde inaffiare il suo orto; ora però cessa da una parte o dall'altra siffatto vantaggio; la prima p. e. ha bisogno dell'acqua per condurla nel suo canale; all'altra viceversa più non occorre, perchè sul luogo dell'orto vuol fabbricare una

(a) Potrei temere l'obbiezione, che siccome il § 481 dice che *il diritto reale di servitù sulle cose immobili e generalmente su quegli oggetti che sono inscritti nei libri pubblici, si può acquistare soltanto mediante inscrizione ne' libri medesimi*, anche nel presupposto caso non sussista alcun diritto reale, che in conseguenza, per lo meno ad ogni mutazione di possesso, abbia ad estinguersi il mero diritto personale; io proverò tuttavia nell'art. CLXI, che le servitù che si fondano mediante un edifizio costituiscono la qualità d'un diritto reale, senza bisogno di veruna inscrizione.

casa, per cui, o che quella vuol trattener l'acqua piovana nel suo cortile, o che vuol questa impedirne e vietarne l'ordinario ingresso. Come si potrà in tal caso decidere in via di diritto? Parerebbe a primo aspetto che non potesse aver luogo verun cambiamento nel consueto esercizio, che in conseguenza una parte non possa trattenere il corso dell'acqua, e l'altra abbia di continuo a riceverla, poichè la supposizione della servitù milita ugualmente in favore dei due proprietarj, per cui il giudice dovrebbe proteggere l'attuale tranquillo possesso, nè la sua sentenza potrebbe essere d'altro tenore, se non che: possedete come possedete (*possideatis uti possidetis*) (§ 839, 853). Ma tale non sarà, nè potrà essere la decisione.

Art. CXXIII. A fine di giustificare debitamente quest'asserzione, rendesi prima di tutto necessario mettere in chiaro l'idea della servitù di stillicidio che non è stata ancora del tutto dilucidata. Noi abbiamo nel Codice cinque §§ che trattano di questa servitù, cioè il 475, 476, 489, 490, e 491. All'articolo sesto del § 475, vien fatta menzione di questa servitù colle seguenti parole: *di dirigere lo stillicidio sul fondo altrui.* Con ciò, e più ancora coll'ultimo periodo dell'anzidetto § che dice *per queste e simili servitù urbane il possessore d'una cosa ha il diritto di fare sul fondo del vicino ciò che da questo dev' essere tollerato*, viene dichiarato manifestamente che questa è una servitù affermativa. Io fo qui dunque avvertire, attesa una importante illa-

zione, che questo § fa consistere il carattere di una servitù affermativa nel potersi, in virtù di essa, d'intraprendere qualche cosa sul fondo d' un terzo. Ove dunque trovasi tale qualità, non vi può essere che una servitù affermativa, ma non una negativa. Nel § 476, si tratta pure della servitù di stillicidio, però soltanto di quella negativa, come si raccoglie evidentemente dalla introduzione del paragrafo: *In forza delle altre servitù urbane il possessore del fondo serviente è obbligato di tralasciare alcuna cosa che altrimenti avrebbe avuto diritto di fare; queste sono: di non deviare lo stillicidio della propria casa dal fondo del vicino, a cui può esser utile per irrigare il suo orto, o per empiere la sua cisterna, o per altro oggetto.* Da ciò risulta al tempo stesso, che la legge ripone la sostanza d' una servitù negativa non già nell'essere autorizzato a qualche esercizio nel fondo altrui, ma soltanto a proibire ad un padrone di fondo ciò ch' egli sarebbe altrimenti in diritto d'esercitare.

Art. CXXIV. La servitù affermativa distinguesi dunque dalla negativa da ciò, che la prima ha per base un diritto d'esercizio per la parte dominante, che l'altra invece ha per base un diritto proibitivo per la parte dominante, ed un obbligo d'ommissione nella serviente, che in conseguenza, affinchè queste servitù procurino il bramato vantaggio, la parte dominante può nella prima essere attiva sul fondo altrui, nella seconda invece, acquista il diritto che la

parte obbligata non possa esercitare un determinato diritto che le compete in forza della libertà naturale; quindi non si può nemmeno figurarsi il caso, che il proprietario d'una servitù negativa possa essere in facoltà d'intraprendere qualsivoglia fatto sopra il fondo serviente (*a*).

Art. CXXV. Ora dimandasi di quale servitù si parli nei §§ 489, 490, 491? È evidentissimo che il primo tratta della stessa servitù affermativa della quale si fa menzione nel § 475, mentre desso usa le espressioni medesime, a differenza ch' egli indica simultaneamente i diritti della parte dominante e gli obblighi che le incombono. *Chi ha il diritto di stillicidio può*, dice egli, *far scolare liberamente o per mezzo di canali, l' acqua piovana sul tetto altrui; può anche erger più in alto il proprio tetto; deve però disporre in modo da non rendere con ciò la servitù più gravosa. Ha del pari l' obbligo di far levare a suo tempo le nevi abbondanti, e conservare anche i canali destinati allo scolo.* Ora come si chiama la servitù descritta nel § 489 e nel 475?

È d' uopo distinguere fra molti casi. Se l' acqua scola dal nostro tetto diretto verso e sopra il fondo

(*a*) Quest' asserzione si conferma in tutte le servitù contemplate dal § 476, mentre se mi compete a fronte del mio vicino il diritto ch'egli non possa erger più in alto la sua casa, abbassarla, togliermi la luce ed il prospetto, non si potrà giammai supporre che io, o il vicino abbia, in forza della costituita servitù da intraprendere qualche cosa.

vicino, conseguentemente da sè medesima in forza della sua posizione naturale e senza bisogno di artificiale direzione, sul tetto o nella corte del vicino, questa è puramente l'affermativa servitù di stillicidio (*servitus affermativa stillicidii*); ma se quest' acqua non può altrimenti entrare nel fondo vicino a meno che non vi sia condotta col mezzo di canali che noi collochiamo al nostro tetto rivolto fors' anche, non verso il cortile del vicino, ma verso il nostro proprio, questa è la servitù affermativa di poter deviare lo stillicidio (*servitus stillicidii avertendi*), o piuttosto, siccome l'acqua piovana non cade sopra il fondo vicino a goccie, ma raccolta insieme, o liberamente o rinchiusa dentro cannoni, dessa è l'affermativa servitù di poter deviare le nostre gronde in massa sopra il fondo vicino, (*servitus fluminis avertendi*) (*a*), e questa è la servitù contemplata dai §§ 475 e 489. A dir vero il Codice non fa veruna espressa distinzione della prima specie di servitù di stillicidio affermativa in quello stretto senso ch' io l'ho presa, e si dovrebbe tuttavia ritenerla contenuta nell'introduzione del § 489; ad ogni modo però il Codice non la esclude dal novero delle servitù, poichè il nostro legislatore non ha voluto, come si esprime chiaramente a capo dei §§ 475 e 477, individuare tutte le servitù, ma solo le principali. Or dunque s'egli an-

(*a*) Riguardo al proprietario del fondo serviente che riceve l'acqua, chiamasi nel primo caso *servitus stillicidii recipiendi*, nel secondo invece *fluminis recipiendi*.

novera la deviazione dello stillicidio tra le servitù, egli ha con ciò compreso anche lo stillicidio semplice, perchè il più comprende sempre il meno; egli non avrebbe nè pure potuto escluderlo, poichè desso nella vita civile è assai più frequente che non la deviazione del medesimo, mentre è cosa assai più comune che l'acqua piovana scoli da un tetto in quello o nella corte del vicino, e molto più insolita che l'acqua raccolta in canali venga a guisa di fiume rovesciata sull'altrui fondo.

Ma si potrebbe forse oppormi che il padrone dello stillicidio semplice sembri avere anche un diritto alla deviazione dell' acqua con canali, e che queste due servitù non possano per ciò essere separate l' una dall'altra, ma debbansi considerare come un'identica servitù perchè il § 489 esprime, che *chi ha il diritto di stillicidio, può far scolare liberamente o per mezzo di canali l'acqua piovana sul tetto altrui.* Ma questo § non è che una dilucidazione della sesta servitù menzionata al § 475; e siccome dessa è ivi descritta in modo che consiste nel diritto *di dirigere lo stillicidio sul fondo altrui*, per conseguenza il legislatore presuppone, che sia stato accordato il diritto di *deviar lo stillicidio*, così non dee recar meraviglia che nel § 489 venga accordata parte dominante, in forza del costituitole diritto di deviazione, la facoltà di far scolare l'acqua piovana liberamente, o mediante canali sull' altrui tetto. Se dunque non è stato realmente accordato al vicino il diritto di deviazione, può, di regola, la-

sciar scolar l'acqua piovana soltanto a goccie, ma non mai ragunarla in canali e condurla in massa nel vicino fondo (§§ 484, 491).

Art. CXXVI. Quando si potrà dunque risguardare come realmente conceduto il diritto di deviare lo stillicidio? Dovrà forse venire fatta nel contratto menzione espressa del diritto di poter deviar l'acqua, o quale dei due diritti sarà da considerarsi per conferito, quando venga accordato il diritto di stillicidio soltanto con espressioni generiche? Conviene por mente all'oggetto al quale viene concesso il diritto di stillicidio (§ 473, 474), poichè quello soltanto e niun altro può essere risguardato pel fondo dominante (§ 474). Quando adunque non venga accordato al vicino alcun altro diritto se non che quello di collocare uno dei suoi tetti verso il nostro fondo in guisa, che l'acqua piovana di esso cader possa a goccie sul nostro tetto o nel nostro cortile, egli è autorizzato soltanto a ciò, ma non assolutamente a raccoglierla in un canale, e lasciarla precipitare nel fondo serviente od a condurvela in continui condotti. Mentre non si sa veder alcuna ragione per cui egli potesse ciò fare, non volendo egli se non che liberarsi dell'acqua piovana ed ottenendo anche interamente il suo scopo, quando essa cada a gronde. Anzi col costruire delle opere, egli non incontrerebbe che spese superflue, e diverrebbe al vicino più gravoso di quello che occorre, poichè l'acqua che cade a goccie, lascia dopo di sè tracce di poco rilievo, dove all'opposto quella che vien fatta

scolare in massa, abbisogna di un' apposita fossa, la di cui conservazione e sgombramento sono congiunti con spese. E sebbene queste debbano a senso del § 483 sostenersi da chi ha il diritto, nullameno la parte serviente è sottoposta alla molestia di dover prevenir sempre la parte dominante del bisogno della riparazione, e di permetterle l'ingresso nel circuito della sua proprietà, ciocchè è al certo contrario allo spirito della legge, perchè a termini del § 491, il proprietario del fondo dominante è obbligato a diminuire il peso del fondo serviente.

Art. CXXVII. Dal fin qui detto risulta, che la parte dominante in un tal caso acquista soltanto la quarta servitù menzionata al § 475, di fabbricare un tetto sopra lo spazio d'area del vicino, ed il diritto poi dello stillicidio semplice lo acquista per una necessità di diritto, essendo quello una conseguenza necessaria della posizione accordata al suo tetto. Non sarà per altro autorizzata in alcun evento a radunare l' acqua che scola dagli altri tetti diretti verso il suo proprio cortile, e farla passare ugualmente nel fondo altrui, la qual facoltà non può desumersi da un contratto di questo tenore: *tu puoi dare al tuo tetto una direzione obbliqua verso il mio fondo*, oppure, *io concedo il diritto di stillicidio al tetto da costruirsi verso la mia parte*, poichè io ho avuto con ciò riguardo unicamente a ricevere nel mio fondo quell' acqua, che deve scolarvi da sè medesima in forza di tale direzione, ed il mio fondo è divenuto quindi

serviente solo rispetto a quell' acqua, e non a verun' altra.

Art. CXXVIII. Qualora però il diritto di stillicidio venga contemporaneamente accordato riguardo a tetti tali che per la loro naturale posizione l' acqua piovana non possa cadere a gronde nel fondo altrui, la qual cosa verificasi quasi sempre, quando questa servitù vien accordata in generale ad un edifizio (*a*), il possessore della servitù sarà assolutamente autorizzato a riunire lo stillicidio in canali, o ad attivare altre opere opportune per deviarla. Imperocchè il diritto allo scopo, accorda eziandio il diritto ai mezzi adattati (§§ 489, 491 e 1009), dal che ne viene, che essendo costituita la servitù di stillicidio, può competere il diritto di condurla, ancorchè non sia stato espressamente conceduto (*b*).

Art. CXXIX. Del resto è ben evidente che se l' acqua piovana vien condotta da continuati canali da tetto in tetto, non è permesso di far piombare l' acqua a guisa di fiume sul tetto o nella corte della parte serviente, perchè con ciò verrebbe danneggiato il tetto ed escavato il terreno; l' acqua dovrà quindi essere sem-

(*a*) Venendo accordato questo diritto ad una casa in generale, si potrà condurre nel fondo serviente l' acqua piovana di tutti i tetti per quanto distanti sieno, poichè il diritto che si accorda ad un tutto, compete eziandio alle singole parti.

(*b*) *L.* 10, *D. de serv. L.* 20, § 1, *de S. P. U. L.* 15, *de S. P. R. L.* 1, § 1, 3, 4. *Si usufr. pet. L.* 15, § 1, *de usufr. leg. L.* 3. § 5, *de aqu. quot.*

pre condotta abbasso dentro cannoni chiusi poichè *il peso del fondo serviente dev' essere diminuito per quanto il comporta l'indole ed il fine della costituzione* (§§ 491, 184), per cui anche il § 489, il quale accorda il diritto di collocare dei canali, aggiugne questa restrizione: *ma dovrà prendere disposizioni tali, affinchè la servitù non divenga perciò più gravosa.*

Art. CXXX. Se venisse accordato al vicino in generale il diritto di condurre con cannoni o canali nel fondo limitrofo quell'acqua che si raduna nel suo cortile, daremo ancora sempre a questo diritto il nome di stillicidio? Secondo il tenore dei §§ 490 e 491, nonchè della chiosa in margine, parerebbe di sì, ma stando a rigore, ciò non regge, poichè lo stillicidio, in istretto senso indica solamente l'acqua prodotta dalla pioggia o dalle nevi che scola dal tetto; la prima invece consiste, o per lo meno può consistere, non solo in quell'acqua piovana scolata dal tetto, ma eziandio in quella caduta immediatamente sul suolo, ed in pari tempo anche in quell'acqua che si versa negli scolatoj, o che scorre da un fonte. La vera denominazione di questa servitù sarebbe piuttosto: *deviazione della massa dell'acqua* (*servitus fluminis avertendi*) ovvero in lingua legale, ed a termini del § 475, art. 7. La servitù *di versare o far passare le cose fluide sul fondo del vicino.*

Art. CXXXI. La servitù urbana di deviare i fluidi distinguesi dunque dalla servitù rustica dell'acqui-

dotto menzionata nei §§ 477 e 497, propriamente nel solo nome. Mentre, sia che l'acqua venga condotta a vantaggio dell'economia rurale, o d'una casa d'abitazione (§ 474), è sempre l'acqua l'oggetto della deviazione; e quantunque nel primo caso il corso dell'acqua abbia ordinariamente una causa perpetua, cioè una sorgente, da cui esce in conseguenza senza interruzione, e nel secondo caso all'opposto l'acqua si formi d'ordinario solo di tempo in tempo, sia per le pioggie, o col versamento negli scolatoj, può nulla meno il corso dell'acqua in ambedue le servitù esser anche di qualità inversa: p. e. in una servitù urbana, se l'acqua proviene da una fontana, e in una servitù rustica, se vien raccolta l'acqua piovana, e ciò anzi senza pregiudizio della natura delle due servitù, poichè la nostra legge non richiede come la Romana, qual naturale o ben anche essenziale proprietà dell'acquidotto, che abbia per base una causa perpetua. Questa idea ha però bisogno di una prova, ed a tal effetto è mestieri indagare prima di tutto il senso che vi attribuiscono i civilisti. La regola giuridica è di questo tenore: *omnes servitutes praediorum perpetuas causas habere debent. L.* 28, *D. de S. P. U.* Ora se la causa fondamentale della servitù, vale a dire quell'oggetto, d'onde derivar dee il divisato vantaggio al fondo dominante, è da ritenersi, ne risulta che quell'oggetto dev'essere l'opera della natura produttrice del tutto, poichè soltanto questa agisce continuamente secondo le sue invariabili leggi, sebbene

talvolta interrotte, come p. e. nelle pioggie. Ciò che dunque deve effettuarsi soltanto dall'opera umana, non può formar oggetto di servitù. Che sia questo il senso applicato dagli antichi Romani alla surriferita regola, emerge chiaro da molti passi di legge, e principalmente dalla succitata legge ov'è detto contemporaneamente: *foramen in meo pariete conclavis vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse, neque tempore acquiri placuit. Hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex coelo aquae veniat: neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit. At quod ex coelo cadit, etsi non assidue fit, ex naturali tamen causa fit, et ideo perpetuo fieri existimatur. Et ideo neque ex lacu, neque ex stagno concedi aquae ductus potest; stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet.* Così dice pure la *L.* 1, § 5, *D. de aq. quot et aest: nulla alia aqua duci potest, nisi quae perennis est*; parimenti la *L.* 1. § 4, *de fonte: hoc interdictum de cisterna non competit, nam cisterna non habet perpetuam causam, nec vivam aquam. Ex quo apparet, in his omnibus exigendum, ut viva acqua sit cisternae autem imbribus concipiuntur.* In cotal modo giudicavano gli antichi, e ciò semplicemente per la ragione, che, riguardo alle servitù, il fondo dominante dev'essere considerato pel subbietto, il serviente, per l'oggetto (art. LXV). Essi ne inferivano, vale a dire, che appunto per ciò la causa fondamentale per cui il primo fondo dev'essere risguardato qual subbietto del diritto, sia da ricercarsi

nella qualità naturale del fondo serviente medesimo; e non in cose apposite che giaciono fuori del fondo (a), conseguentemente, p. e. che la servitù d'acquidotto possa sussistere solo allorquando abbia per alimento acqua viva, o per lo meno acqua piovana, o se ve ne fosse qualche altra simile, debba essa scorrere secondo la sua naturale posizione bensì per mezzo di condotti, cannoni o canali, ma non già essere spinta in alto con trombe od altre macchine idrauliche. *L.* 2, *D. commun. praed.* È però evidente che questo raziocinio urta contro la filosofia del diritto. Imperocchè la regola che il fondo dominante sia da risguardarsi come subbietto, ed all'opposto come oggetto il fondo serviente, deve la sua origine soltanto al riflesso, che qualora null'altro sia stato convenuto, chi ha il diritto, dee limitare il godimento della servitù al vantaggio del suo fondo, ed anzi ad un vantaggio tale che possa procurare, giusta la sua qualità, il fondo serviente, senza poter pretendere dal proprietario di esso che faccia degli sforzi onde promoverlo. Ciò significa con altri termini: che la parte dominante non dee immaginarsi, d'avere, in forza della servitù, un diritto per la sua persona, senza riguardo al fondo proprio, oppure d'avere non solo acquistato un diritto sopra il fondo serviente, ma al tempo stesso anche a prestazioni personali per parte del proprietario del medesimo; essa deve anzi riflettere, che la parte serviente coll'aver soltanto dichiarato di accordare

(a) Veggasi il Magazzino di Hugo. Lib. 2, pag. 341.

qualsivoglia servitù sul proprio fondo in favore del fondo vicino, dessa ha in cotal modo voluto concedere solamente tanto vantaggio quanto potrà essere necessario a supplire al bisogno del fondo dominante, senza voler già impegnarsi colla propria persona a promuovere siffatto vantaggio. Da ciò dunque non risulta nulla più, se non che, ove manchino concerti espressi, contrasterebbe contro l'indole naturale della servitù, volendo pretendere degli sforzi dalla parte serviente. Ma non ne viene assolutamente di conseguenza che non si potrebbero pattuire delle servitù colle quali venisse accordato il godimento d'un vantaggio tale che non abbia una causa perpetua, quindi non naturale, come p. e. che non potrebbe essere costituita la servitù d'acquidotto sopra un'acqua che deriva per qualsivoglia causa da un edifizio, oppure da un'acqua viva, la quale debba però venir inalzata col mezzo di macchine, o finalmente da uno stagno che non abbia sorgente (*b*), da una palude, o da una cisterna. È bensì vero che in questi e simili altri casi può sovente il divisato vantaggio, o venir protratto a una futura indeterminata epoca, oppure che non si possa altrimenti conseguirlo che colla mano d'uomo, o possa fors'anche facilmente esaurirsi per effetto d'un uso eccessivo, per conseguenza si fa così dipendere da circostanze vacillanti l'ordinaria qualità delle servitù prediali, vale a dire *quella* che un fondo debba continuamente servire

(*b*) *L.* 9, *D*, *de S. P. R.*

all'altro; ma la parte dominante può attendere l'epoca che dipende da circostanze accidentali, o assumere essa medesima il carico dei necessari mezzi, oppure accollarli in via di contratto alla parte serviente, e limitar l'uso, giusta la qualità della cosa soggetta; malgrado tutto ciò non contrasta, nè può contrastare colla sostanza delle servitù, il farsi costituire i menzionati od altri simili diritti limitati dalla qualità della cosa serviente; poichè la sana ragione suggerisce a chiunque, che la sostanza d'un diritto non può già distruggersi per non essersi congiunti tutti quei vantaggi ch'esistono nel senso astratto del medesimo. Un proprietario per quanto limitato che lo sia, rimane tuttavia sempre proprietario. Può quindi una servitù procurare vantaggio anche soltanto sotto certe presupposizioni, dessa occuperà sempre il suo luogo fra le servitù, mentre noi vi scopriamo ancor sempre ciò che qualifica la servitù, cioè che un proprietario possa soddisfare al bisogno del suo fondo a peso d'un fondo altrui ancorchè con dei sacrifizi, oppur solo di tempo in tempo, o fors' anche soltanto scarsamente. Gli stessi Romani coll'andare del tempo concepirono questa idea derivante dalla natura intrinseca delle servitù; imperocchè il potere accordava finalmente la sua protezione a quelle servitù che non erano fondate in una causa perpetua, quindi non naturale (c). Che secondo il Codice nostro non si possa pretendere

c) Nelle L. 2, *D. commun. proed.* leggesi: *De aqua per rotam*

una causa perpetua qual esclusiva condizione onde costituire validamente una servitù, si può desumerlo da ciò, che il nostro legislatore ha dedotte tutte le relazioni di diritto interamente dalle idee affatto naturali di cadauna istituzione legale perfezionata mediante il consorzio civile, e combinate intimamente col modo di pensare del popolo. Quindi non è nè men da supporsi che il nostro legislatore non abbia voluto proteggere anche queste servitù che procurano soltanto un vantaggio temporaneo, o che facilmente si esaurisce, o in fine un vantaggio tale che, per riportarlo occorrano degli sforzi. I §§ 475 e 482, sciolgono qualunque dubbio che potesse in proposito insorgere, mentre il primo annovera fra le servitù anche quelle, in forza delle quali si possono versare i fluidi nel fondo del vicino, e l'altro permette la costituzione persino di quelle servitù, per le quali il proprietario del fondo serviente assume una obbligazione personale. Che però in quest' ultimo caso sia da applicarsi alla servitù il nome d'irregolare è incontrastabile, poichè il § 472, limita la qualità naturale d'una servitù soltanto alle tolleranze, ed

tollenda ex flumine, vel haurienda, vel si quis servitutem castello imposuerit, quidam dabitaverant, ne haec servitutes non essent. Sed rescripta imperatoris Antanini ad Tulianum adjicitur· licet servitus non valuit, si tamen hac lege comparavit, seu alio quocumque legitima moda sibi hoc jus adquisivit, tuendum esse eum qui hoc jus passidet. La. *L.* 9, *D. de S. P. R.* dice inoltre: *servitus aquae ducendae vel hauriendae, nisi ex capite, vel ex fante constitui non potest; hodie tamen ex quocumqne loco constitu solet.*

omissioni. Io dico la *naturale* e non già l'*essenziale* qualità, perchè il § 482, dichiara espressamente che il possessore d'una cosa serviente non è, soltanto di regola, obbligato a far qualche cosa. La sostanza d'una servitù viene però da noi qualificata puramente dalla circostanza, che un costituito diritto è d'indole tale, che un fondo viene perciò a ritrarre vantaggio dall'altro, ed è tutt'uno, se una parte o l'altra assumé delle prestazioni personali.

Art. CXXXII. Il risultato della premessa analisi fa vedere che nasce, non una sola, ma una triplice servitù affermativa, cioè

a) la semplice servitù di stillicidio, il di cui vantaggio, non richiede verun apparecchio per deviarlo

b) la deviazione dello stillicidio, e quella

c) di versare o di far passare i fluidi che si formano parte dall'acqua piovana, parte d'altre acque. Fra la seconda e terza, si potrebbe collocare anche quella di condur l'acqua piovana in generale, vale a dire quell'acqua o che non è mai caduta da un tetto, o se lo è, ch'è già caduta in terra. È manifesto, che queste servitù, rispetto all'estensione del diritto, si distinguono l'una dall'altra, imperocchè nella prima si può lasciar semplicemente *scolare* nella vicina corte l'acqua che cade dal tetto; nella seconda può condursi nel fondo altrui quella stessa acqua, e nella terza tutta quella che si forma dentro il nostro circuito, e nella servitù intermedia finalmente tutta l'acqua piovana, in qualsivoglia modo radunatasi sul nostro fondo.

Art. CXXXIII. Mediante questa analisi che potrebbe forse a taluno sembrar perdersi in cose di niun conto, cosa si è poi fatto onde illustrare la dottrina pella servitù? Un quesito di questa sorte, parmi, non dovrebbe proporsi mai; poichè se le istituzioni legali vengono esattamente dinotate, e rigorosamente separate l' una dall' altra mediante le loro estremità, l'utile che se ne ritrae, è sempre considerabile per la vita pratico-giuridica, perchè appunto così si classifica con accuratezza l'estensione del diritto, ch' è costituito sotto espressioni diverse. Nel presente caso si ottiene al tempo stesso un assai importante vantaggio sotto il rapporto teorico, poichè i §§ 490 e 491 vengono perciò a ricevere un senso tutt'affatto diverso da quello che venne loro fin'adesso attribuito.

Art. CXXXIV. Di quale servitù tratteranno or dunque i testè menzionati paragrafi? L'opinione generale è che parlino della servitù negativa dello stillicidio (*a*), ma analizzando minutamente la cosa, ciò non si verificherà; poichè una servitù negativa consiste, come si è dimostrato di sopra (art. CXXV.) esclusivamente nel diritto proibitivo che compete ad alcuno verso un proprietario di fondo, di far che ommetta qualche cosa che altrimenti sarebbe in diritto di fare (§ 476). Quindi, se sussiste veramente una negativa

(*a*) Veggasi il Comm. di Zeiller, osservazione terza al 490 e 491; come pure il Comm. di Scheidlein ai §§ stessi.

servitù, la parte obbligata dee contenersi passiva, e la parte avente il diritto non può essere in verun caso attiva nel fondo serviente poichè, come potrebbe ciò reggere, se qualunque esercizio in un fondo altrui distrugge l'idea della servitù negativa, e contrassegna quella d'una affermativa? Si esamini ora la servitù descritta ai § 490 e 491, e si vedrà la parte dominante sul fondo che serve in quella stessa attività, come nella servitù rustica del acquidotto (§ 477, 2) poichè dessa, nel caso del § 490, conduce l'acqua piovana e nel caso del § 491 i fluidi del fondo vicino nel suo proprio. A tal'uopo essa dee quindi intraprendere qualche fatto nel fondo altrui, cioè a termini del § 490 sostenere le spese dei canali e dei vasi destinati allo scolo dell'acqua, e a termini del § 491, dee anche a misura del bisogno scavar fosse e canali a proprie spese; i primi probabilmente quando egli voglia condurre nel proprio fondo l'acqua piovana del tetto serviente, gli altri, quando voglia condurvi l'acqua piovana caduta dal tetto, o immediatamente nella corte del vicino, o qualsivoglia altra acqua procedente da uno scolatojo o da un edifizio di manifatture. Non essendosi ancor mai dubitato che la servitù rustica dell' acquidotto non sia affermativa (§ 477), ciò deve pur valere anche in merito alle due servitù urbane contemplate dai preaccennati due §§ perchè si verificano gl'identici contrassegni che classificano la servitù affermativa. Che poi il legislatore presupponga che tutti i menzionati

apparecchj vengano dalla parte dominante messi in opera nel fondo altrui, e non nel proprio, se lo inferisce da ciò, che sarebbe inconseguente, se il legislatore nel trattare una servitù volesse stabilire delle disposizioni circa la facoltà che compete alla parte dominante sopra il suo proprio fondo. Mentre questa facoltà è una conseguenza del diritto di proprietà che gli appartiene, e lo si vede perfettamente trattato nel capitolo del diritto di proprietà, ed anzi al § 362 ove unicamente spetta. Il diritto di una servitù affermativa, al contrario, accorda un diritto d'esercizio nel fondo altrui; quindi un metodo conseguente richiede, che venga bensì del pari accuratamente determinata l'estensione d'ogni servitù, e in conseguenza anche le linee dei diritti subalterni che nascono dalla medesima, secondo le sue diverse suddivisioni, solo però in quanto vengono esercitate sopra un fondo altrui, e che sono quindi un vero effetto del diritto reale di servitù.

Art. CXXXV. È dunque posto fuori d'ogni dubbio che i due ripetuti paragrafi non trattano dello stillicidio negativo, ma ugualmente di una servitù affermativa. Resta solo a vedersi di quale? A parer mio nel primo trattasi parimenti del diritto affermativo di deviare lo stillicidio; nel secondo poi del diritto affermativo di deviare *le cose fluide*; e lo sostengo anzi senza tema che mi si opponga non essere ciò ammissibile a motivo che la glosa in margine al § 489 esprime letteralmente « *Diritto di stillicidio*, » quindi

che questo § tratti dello stillicidio affermativo, e siccome i due successivi paragrafi non si trovano sotto la medesima chiosa in margine, ma sono muniti della glosa apposita » *Diritto di condurre l' acqua piovana* », ne risulti manifestamente, che detti paragrafi trattano dello stillicidio negativo, come quello in cui non si possa trattenere lo stillicidio proprio, ma si debba lasciarlo scolare nel fondo vicino. In fatti questo sarebbe l' unico argomento che si potrebbe addurre contro la mia opinione. Ma le proposizioni: *io ho il diritto di deviare l' acqua piovana*, *ed io ho il diritto di proibirti che tu non devii il tuo stillicidio dal mio fondo*, significano forse lo stesso? Non cade piuttosto sott' occhio che la prima proposizione indica soltanto una proposizione affermativa, l'altra al contrario, una negativa, la quale peraltro manca nei §§ 490 e 491?

Art. CXXXVI. Si potrebbe forse rinfacciarmi esservi l'apparenza ch'io volessi colla mia asserzione che in tutti e tre i paragrafi venga trattata la medesima servitù affermativa, accagionare il Codice d'un palmare difetto, dando esso, colle glose in margine a divedere che ha voluto trattare di due diverse servitù, e non d'una identica. Se questo rimprovero fosse fondato, mi sarei reso colpevole d'una presunzione da cui io sono molto lontano, sapendo benissimo che i compilatori del Codice procedettero in generale, e così anche rispetto all' oggetto in discorso, con un' acutezza d' ingegno tale, che manca perfino nelle opere de' migliori

civilisti. L'affermativa servitù di poter deviare lo stillicidio, o il corpo di esso come pure tutti i fluidi in generale, può sussistere in doppia maniera, o come diritto di deviar l'acqua, o di farla venire. La prima sussiste quando mi faccio conferire il diritto di poter condurre la massa della mia acqua piovana o di altri fluidi nel fondo altrui, l'altra invece quando il vicino ottiene da me il diritto di poter condurre nel suo fondo quelle qualità di acqua che si trovano sul mio (a). Leggansi or attentamente tutti tre i paragrafi, nè potremo a meno di non convincersi che il § 489 parla del diritto di deviazione; ed i §§ 490-491 del diritto di far venire le mentovate specie di acqua, massimamente se si voglia gettare uno sguardo sopra la servitù rustica dell' acquidotto. Dessa è nel Codice trattata affatto nell'istesso modo, poichè il § 477 dice: *il diritto di deviare o condurre l'acqua* e così il § 497; *quegli che ha il diritto di derivare l'acqua dal fondo altrui nel proprio, o di condurla dal proprio nel fondo altrui.* Del resto che quest'ultima servitù non sia negativa, ma affermativa, risulta dalla circostanza, ch'essa

(a) Lo stillicidio semplice è escluso da questo giudizio, poichè siccome in esso l'acqua scola nel vicino fondo senza bisogno di alcun'opera per deviarla, e senza che la parte che la riceve sia tenuta, onde aver l'acqua, ad intraprendere qualche cosa nel fondo altrui, ne viene che accordandosi al vicino un diritto sopra di quello, la servitù riguardo a sè non può più supporsi come affermativa, ma sempre come una servitù negativa, anzi per quella medesima descritta all'ultimo articolo del § 476.

non consiste già in una semplice omissione da canto della parte serviente; ma al tempo stesso nella tolleranza di ciò che la parte dominante intraprende sull'altrui fondo per procurare lo scolo dell'acqua, p. e. mediante il collocamento de' cannoni, de' canali e simili (*b*).

Egli è perciò che la legge esprime questa servitù in una proposizione affermativa, e non in una negstiva, ciocchè avrebbe certamente avuto luogo se si trattasse realmente d'una servitù negativa. Dove sarà dunque quel giureconsulto, il quale riguardi come una servitù negativa il diritto di condurre a sè dell'acqua da uno stegno altrui? Come potrebbe in conseguenza essere una servitù negativa quella di far venir nel suo proprio fondo l'acqua piovana da una vicina casa?

(*b*) È ben vero che la serviente deve tralasciare tutto ciò che potrebbe render vano l'esercizio della servitù, come p. e. lo strappare i condotti o cannoni. Ma quest' obbligo d'omissione trovasi in tutte le servitù affermative, quindi anche nella presente come nella servitù rustica dell' acquidotto, senza che possa perciò produrre alcuna mutazione nel carattere di essa, imperocchè si può supporre una servitù negativa solo allorquando la servitù consista in una mera omissione, e non anche simultaneamente nell' esercizio d' un diritto dall' una, e nella tolleranza dall' altra parte. Appunto per questo le servitù negativa di stillicidio menzionata al § 476 sussiste nella sua pura forma solo allorchè il vicino si obbliga a non deviare dal mio fondo quello stillicidio che fin'ora senza appositi mezzi, e per mero effetto della sua naturale posizione, è scolato nel mio fondo.

Art. CXXXVII. In tutti e tre i paragrafi trattasi dunque di servitù affermative. Tutta la differenza consiste nel subbietto del dominante; poichè nel caso del § 489 è il dominante il padrone dell'acqua che la devia, e nei casi dei §§ 490 e 491 lo è quegli che conduce l'acqua altrui nel fondo proprio. Da ciò ne viene, che, siccome nel caso in cui si supponga possessore della servitù il proprietario dell'acqua, io ho sviluppato tre servitù urbane affermative, (Art. CXXXII), cioè lo stillicidio semplice, la deviazione dell'acqua piovana, e la deviazione delle cose fluide (a), per conseguenza anche nel caso in cui si voglia supporre per

(a) Se si esaminano molti passi di legge che trovansi nel Codice romano intorno allo stillicidio, si potrebbero dedurre ancor molte di queste servitù, mentre: 1.° Nella *L.* 17, § 3 *dig. de S. P. U.* vien fatta menzione della servitù *stillicidii excipiendi, vel suscipiendi*, e questo è lo stillicidio semplice. 2.° Nella *l.* 18 *de S. P. U. l.* 9. *si S. vind. l.* 16 *eod.*, *l.* 8 *quem S. amitt.*, *l.* 1, § 17 *de aqu. et aq. pluv. arc.*, si fa cenno della servitù *stillicidii immittendi*, e questo è il diritto di deviazione dello stillicidio. 3.° *in l.* 20 *de S. P. U.* parlasi *de jure stillicidium projiciendi*, diritto che consiste o nella facoltà di sporger innanzi il doccione delle gronde nella colonna d'aria del vicino, oppure di fabbricare il tetto in direzione obliqua sopra lo spazio d'aria del vicino: però la prima facoltà non è propriamente che un ramo della seconda servitù, e la seconda specie produce una vera servitù, cioè la quarta descritta al § 475. Finalmente, 4.° nella *L.* 16 *comm. praed.* si annovera anche la servitù *stillicidium adversus alterum habendi*. Tuttavia, sebbene *C. Thomasius in diss. de serv. stillicidii* § 39, voglia risguardare tale diritto come una specie particolare di servitù, non si può negare, che questo non sia altrimenti che il semplice stillicidio affermativo.

dominante quegli che riceve l'acqua nel suo fondo, nascer debbono altrettante opposte servitù. E qui prima di tutto spetta lo stillicidio negativo, il quale consiste nel diritto di proibire al vicino di deviare dal mio fondo lo stillicidio che per la sua naturale posizione vi scola da sè medesimo senza verun condotto (§ 476, 12).

Soltanto questo stillicidio negativo è in antitesi coll'affermativo; mentre se il vicino mi accorda un diritto sopra un'acqua che cade da sè medesima, per cui, onde riceverla, non ho bisogno d'intraprendere alcuna cosa di fatto nel fondo serviente, il conceduto diritto non consiste in un esercizio dal mio canto, e nella tolleranza dall'altro, ma unicamente in un diritto a me competente di proibire all'altro di fare tutto ciò che potrebbe interrompere il consueto corso. Ma le altre due servitù opposte, cioè *di far venire l'acqua piovana e le cose fluide*, sono da considerarsi affermative perchè si premette che queste specie d'acqua, non possano scolar nel mio fondo senza l'opera di mezzi adattati, i quali abbisognano di tempo in tempo di riparazione, e spurgo, e ch'io sia quindi autorizzato ad un esercizio nel fondo altrui.

Ma si potrebbe obbiettarmi, che siccome giusta lo spirito del § 475 in armonia col § 476, si oppone alla servitù affermativa *di far passare lo stillicidio nel fondo altrui*, la negativa servitù *di non deviare lo stillicidio della propria casa dal fondo del vicino*, debbasi parimente opporre anche alla servitù afferma-

tiva *di far passare l'acqua piovana e le cose fluide nel fondo altrui*, la servitù negativa *di non deviare l'acqua piovana ed i fluidi del proprio fondo da quello del vicino*. Questa obbiezione debbe essere considerata con particolare attenzione, essendo adattatissima onde penetrare più profondamente nell' intrinseca sostanza delle servitù, e conoscere come conviene la proprietà naturale particolare delle servitù affermative e negative. È una idea onninamente falsa che si possa costituire tanto la servitù negativa di non deviare l'acqua piovana, quanto quella delle cose fluide. La seconda non può assolutamente come tale, essere costituita, perchè sotto cose fluide non può intendersi verun'acqua nascente da sè medesima, e in conseguenza nemmeno un'acqua piovana o viva: ma soltanto quell' acqua che mediante la mano d'uomini vien portata in un luogo determinato per un certo uso, come sarebbe negli edificj di manifatture e nelle cucine, quindi dopo l'uso fattone, scola di nuovo liberamente, e per conseguenza si scarica e passa dal fondo superiore in quello che giace inferiormente. È necessario presupporre uno sbocco libero non impedito, poichè la supposizione dei mezzi onde condurla, distrugge l'idea d'una servitù negativa. Per l'esistenza di tali opere sarebbe naturalmente necessario che o l'uno o l'altro dei proprietarj di fondo intraprendesse qualche cosa nel fondo altrui. Da ciò nascerebbe manifestamente una servitù affermativa, cioè o quella di deviare le cose fluide, o di farle venire. Se dunque sotto cose fluide, s'intende un'ac-

qua tale che vien trasportata in un luogo dalle mani d'uomo, quindi scola liberamente, la menzionata servitù negativa potrebbe consistere nell'essere un proprietario di fondo obbligato soltanto ad intraprendere certi fatti in modo positivo a vantaggio del fondo vicino. È dunque evidente, che anche in questo caso si tratterebbe, non d'una servitù negativa, la quale non può consistere che nella omissione dal lato della parte serviente, ma bensì d'una affermativa, anzi d'una servitù irregolare, perchè si verrebbero a pretendere dalla parte stessa delle prestazioni personali (art. CXXXI). Mi si verrà da sè a persuadersi pienamente della giustezza della mia opinione, quando si ponderi il modo col quale può aver origine una tale servitù. S'io voglio conchiudere un contratto, che il vicino non trattenga dal mio fondo le cose fluide del suo, è d'uopo supporre che desse o siano peraltro colate nel mio fondo, oppure che no. Nel primo caso non si può ritenere altrimenti, se non che il vicino vi sia stato autorizzato in forza d'una servitù affermativa, poichè il far passare in un fondo altrui un'acqua raccoltasi da sè medesima, qualifica una servitù (*b*). Se dunque il vicino non dee più per l'avvenire trattenere quest'acqua, trattasi appunto

(*b*) *Idemque ait, et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet: in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat. Fumi autem, sicut aquae esse immissionem. L.* 8, *d.* § 5 *si serv. vindic.*

della cessazione della servitù precedente, e dell'origine d'una nuova, mentre la parte serviente viene a stare in luogo della dominante. Se si considera diritto ed obbligo l'uno a fronte dell' altro, si verifica quindi, sotto l'aspetto legale, il secondo presupposto caso, vale a dire, che quelle cose fluide non scolarono fin ora nel mio fondo; perchè un'acqua ch'io sono costretto a ricevere, esclude qualunque diritto sopra di essa, ed in quanto alla sfera de' miei diritti, è lo stesso come se non esistesse; conseguentemente la vera convenzione consiste nel far che il vicino faccia pel tratto successivo versare o scolare quei fluidi che per l'addietro non entravano nel mio fondo, o che per lo meno egli non era obbligato a dirigervi, in guisa che non possano sfuggire al mio fondo. È chiaro che si vien così a pretendere una servitù affermativa.

Per ciò che concerne la servitù negativa di non deviare l'acqua piovana, si può veramente costituirla, ma è falso ch'essa, in vero senso giuridico, sia in antitesi colla servitù affermativa *di poter far passare l'acqua piovana nel fondo altrui.* Onde provare questa opinione convien prima di tutto esaminare quando si possa realmente supporre l'esistenza di tale servitù negativa? Ne avremo per unico risultato, che questo caso può darsi allora soltanto che la posizione reciproca de' fondi sia d'indole tale che l'acqua piovana di sua natura, p. e. perchè un fondo è più alto dell'altro, passa da sè medesima, quindi

senza opere apposite; dal primo nel secondo, ed il proprietario del fondo superiore si obbliga a non rattenere quell'acqua, o adoperarla per le sue occorrenze, ma a lasciarla scolare liberamente anche in avvenire, poichè la sostanza d'una servitù negativa consiste, riguardo al dominante, com'esprime l'introduzione dei §§ 476 e 482, soltanto in un diritto proibitivo diretto contro il possessore del fondo serviente, cioè *d'omettere ciò che come proprietario avrebbe altrimenti diritto di fare.* Tosto che dunque la parte dominante avesse, onde conseguire il divisato scopo, ad intraprendere qualche cosa sul fondo serviente, v. g. collocare condotti o fare altre opere, la conservazione delle quali incombesse anche esclusivamente ad essa (§§ 483, 487, 489, 490 e 491), non si può più parlare di servitù negativa, ma soltanto affermativa; mentre si pretende pur evidentemente un esercizio da una parte, ed una tolleranza dall'altra. Per tal modo si vien già a stabilire la base d'una servitù affermativa, come chiaramente pronuncia la chiusa del § 475, e l'introduzione del § 482, mentre il dato caratteristico di una servitù viene dinotato semplicemente con ciò, che un proprietario di fondo acquista il diritto d'intraprendere qualche fatto in quello del suo vicino, e che questi dee tollerarlo. Ora la servitù negativa di non deviare l'acqua piovana della propria casa dal fondo del vicino, sussiste veramente solo nel caso che l'acqua scoli da sè medesima senza verun mezzo apposito nel fondo dominante; è anco

evidente che non si può ravvisare in antitesi con essa, alcuna servitù affermativa, ma soltanto il proprietario nel godimento della libertà naturale che gli compete in virtù del diritto di proprietà. Questi fa uso o dell'acqua che si raccoglie sul suo fondo da sè stessa, p. e. della pioggia o che scaturisce da sotterranee sorgenti, a suo proprio vantaggio, oppure l'abbandona al suo corso naturale. Il proprietario del fondo inferiore non può nemmeno in quest'ultimo caso aggravarsi dell'ingresso dell'acqua, poichè vi penetra non per effetto d'opera umana, ma bensì di legge naturale, e l'impedirlo non può quindi essere dovere del vicino (c).

(c) Ulpiano dice nella *l. 1, § fin. de aq. et aqua pluv. arc. Semper inferiorem superiori servire: at hoc incommodum naturaliter pati inferiorem agrum a superiore, compensarique debere cum alio commodo. Sicut enim omnis pinguitudo terrae ad eum decurrit, ita etiam aquae incommodum ad eum defluere.* Paolo dice inoltre in l. 2 *in pr. eod. t. In summa tria sunt, per quae inferior locus superiori servit: lex, natura loci, vetustas, quae semper pro lege habetur, minuendarum scilicet litium causa.* Da ciò risulta che i Romani partirono dal punto di vista che il fondo inferiore fosse per servitù obbligato a quello situato superiormente. Ciò peraltro urterebbe contro la filosofia del diritto. Dalla posizione de' fondi si può soltanto conchiudere, che il proprietario del fondo inferiore non possa riputarsi aggravato e motivo che nel fondo superiore non s'intraprendono delle opere atte ad impedire lo scolo dell'acqua; imperocchè volendo egli spiegar pretensione a siffatte opere, egli verrebbe così ad arrogarsi una servitù affermativa sopra il fondo che giace superiormente. Manca però tutto ciò che potrebbe auto-

La premessa considerazione apre all'occhio indagatore una veduta di non poca importanza, cioè che siccome il diritto d'esercizio e quello proibitivo competenti verso l'altrui proprietà, non sono già diritti opposti, ma diritti diversi, i quali reggono assai bene l'uno accanto all'altro, e possono in conseguenza appartenere senza contraddizione alcuna ad un medesimo subbietto, così anche una servitù negativa non ha per antitesi una servitù affermativa, ma unicamente l'illimitata libertà naturale del padrone del fondo

rizzare a conchiudere dalla semplice situazione dei fondi, che il proprietario del fondo inferiore sia obbligato a ricevere quell'acqua in forza d'un diritto competente al suo vicino, quindi in forza d'una servitù, mentre la sana ragione c'insegna non poter nascere assolutamente alcun diritto sopra l'altrui proprietà, e in conseguenza veruna servitù altrimenti che mediante la volontà del proprietario. Che poi la circostanza se si riceve l'acqua in forza d'una servitù, o solo in forza della posizione naturale in cui trovansi respettivamente i fondi, costituisca una essenziale differenza, è cosa affatto evidente; poichè nel primo caso si è costretti ad accoglier l'acqua, nel secondo si può difendersi dall'ingresso della medesima, p. e., escavando una fossa, o ergendo un muro affinchè dessa prenda il suo corso intorno al nostro fondo, senza curarsi se possa da qualche lato entrare ancor nel fondo del vicino che si estendesse più abbasso, mentre non farebbe che ricever ancora l'acqua sua propria, nè potrebbe egli obbligarci a riceverla che qualora fosse in grado di provarci che noi gli abbiamo costituita una servitù. Del resto che le leggi possano per questo caso pronunciare una servitù, è fuor d'ogni dubbio; solo che in tal caso non deesi già dichiarare come fondamento della medesima il diritto della ragione, ma la volontà del legislatore.

serviente (*d*), consistendo quella soltanto nel diritto di vietare al proprietario d'un fondo *ciò che altrimenti sarebbe stato in diritto di fare*; idea la di cui giustezza si verifica appunto per ciò in tutte le servitù negative espresse nel § 476. Per la ragione quindi che cadaun proprietario di fondo, come ho provato agli art. XXXIV, e XXXV, è autorizzato ad abbassare o ad erger più in alto il suo edifizio, ed a togliere in conseguenza ai vicini la luce, l'aria ed il prospetto, ed egualmente a prevalersi del proprio stillicidio, i vicini si fanno promettere queste servitù negative, vale a dire l'obbligo che il proprietario non farà uso di tali diritti della libertà naturale. Da quanto si è discusso potrà ognuno certamente convincersi esser falso, che la duodecima servitù menzionata al § 476, vale a dire *lo stillicidio negativo* sia in opposizione colla sesta servitù affermativa espressa nel § 475 *di dirigere lo stillicidio sul fondo altrui*, mentre, come ho provato, non si può mai opporre ad una servitù negativa che la sola libertà naturale del possessore del fondo (*e*).

(*d*) Non si può dunque ugualmente ad una servitù affermativa opporne una negativa, ma soltanto la libertà naturale del proprietario del fondo.

(*e*) Ciò vale anche sotto certo rapporto per le servitù che sussistevano, giusta il diritto Romano, *altius tollendi et non tollendi*; *prospectus et ne prospectui officiatur* e simili, le quali potevano benissimo sussistere l'una accanto all'altra, avuto riguardo allo spazio legale intermedio; poichè i Romani facevansi p. e. costituire la

Ma ho pure io stesso al principio di quest' articolo opposto l'affermativo stillicidio semplice a quello negativo; non incorro quindi in una contraddizione? No certamente, poichè per servitù opposte io intendo soltanto quelle nelle quali, riguardo al medesimo oggetto, può riguardarsi come proprietario della servitù or questo or quel vicino, cioè secondo che tal oggetto

servitù che non si potesse alzare l'edifizio confinante allorquando il vicino, in virtù della libertà naturale, vale a dire perchè avea luogo la distanza prescritta dalla legge, possedeva il diritto di ergere più in alto la fabbrica; all'opposto si facevano costituire la servitù di poter erger più in alto il proprio edifizio allorchè non erano autorizzati ad alzarlo per difetto della prescritta distanza (art. XIII e XV). Cadauna di queste due servitù è fondata sopra un oggetto diverso, e tende altresì ad un diverso vantaggio, per cui si potevano anche creare servitù totalmente differenti, che stavano però assai bene assieme, vale a dire, non sarebbe stato in minima contraddizione che un Romano si avesse fatto costituire dallo stesso vicino amendue le servitù, cioè, tanto quella di poter alzar la sua casa perchè non era da una parte lontana da quella del vicino dieci piedi, quanto l'altra, che il vicino non potesse alzare quella parte del suo edifizio che fosse stato discosto più di dodici piedi. Queste servitù sono quindi vicendevolmente opposte in senso improprio, mancando tutto quanto può qualificare una effettiva antitesi. Siccome, giusta il diritto Austriaco, si è autorizzato in forza della libertà naturale, e senza riguardo a veruna distanza dai fondi vicini, ad intraprendere qualsivoglia fabbrica, ancorchè si tolgano così ai vicini prospetto, luce ed aria (art. XXXIV), e che in conseguenza non può in virtù di questo diritto verificarsi il caso d'aver bisogno della servitù affermativa di poter alzar il proprio edifizio e di levare al vicino luce, aria e prospetto, non è nè pure da parlarsi fra noi d'una apparente antitesi.

procura all' uno o all' altro proprietario di fondo un vantaggio od un incomodo. Questo caso verificasi, di regola, assai sovente rispetto ad un'acqua medesima per cui riesce anche vantaggioso talvolta il deviarla, talvolta il condurla, cosicchè un diritto, riguardo all' oggetto medesimo, vien ad essere in effettiva opposizione.

Art. CXXXVIII. Secondo la giusta idea della servitù di stillicidio, l'oggetto della quale sia soltanto l'acqua cadente dal tetto, e non anche al tempo stesso altre cose fluide, questa dunque consiste nel diritto in forza di cui, o che il vicino deve ricevere il mio stillicidio, o ch'io accordo al medesimo un diritto sopra lo stillicidio di mia ragione. Se son io il dominante, l'acqua entra nel fondo vicino o senza veruna direzione apposita, conseguentemente in forza della posizione obliqua del tetto, o per mezzo di qualche opera. Nel primo caso si ha lo stillicidio semplice; nel secondo, il diritto di deviare lo stillicidio. Se poi il vicino è il dominante, ed egli viene in possesso dell' acqua piovana senza verun adattamento apposito, si ha lo stillicidio negativo; ma se l' acqua dev' essere condotta, allora si ha la servitù affermativa di derivare lo stillicidio (a).

(a) Qui si vede apertamente che *C. Thomasius in Diss. de serv. stillicidii* § 2, dà una spiegazione imperfetta di questa servitù; mentre col dire: *est servitus praediorum urbanorum, vi cujus vicinus vel stillicidium nostrum in praedio suo recipere tenetur, vel stillicidium suum alio avertere, aut in suum recipere prohibetur*, egli ha totalmente escluso dalla sua spiegazione il caso, chè

Art. CXXXIX. Ora che è dilucidata l' idea dello stillicidio e delle sue diverse specie, è anche solo adesso tutto predisposto per giustificare la mia asserzione espressa agli articoli CXXII CXXIII, cioè che se nel caso di costituita servitù di stillicidio l' acqua non procura più alla parte che la devia, o la riceve il primiero vantaggio, e che l' una non voglia più lasciarla scorrere, o l' altra riceverla, non possa il giudice pronunciare che debba continuare l' attuale corso. Non forma oggetto di veruna difficoltà il somministrarne una convincente prova. Imperciocchè se noi diamo un occhiata alle sviluppate servitù urbane, il di cui oggetto sia lo stillicidio od altra

sta in piena armonia colla natura della servitù, cioè che il vicino sia autorizzato a condurre il nostro stillicidio a suo vantaggio nel fondo di sua ragione. Ma questa svista è imputabile anche agli autori più recenti, come p. e Wastfalo *in tractatu de libertate et servitutibus* §§ 601 *et* 602. Thibaut nel sistema del diritto delle Pandette § 826. Dabelow nel sistema del diritto civile §§ 1479 e 1480. Hopfner nel suo commentario § 360. Lo stesso dicasi del Codice Prussiano parte I, titolo 22, §§ 59, 61, nonchè del codice Francese § 681. Questa mancanza è tanto meno concepibile, giacchè perfino in cadaun estratto del diritto civile, e relativamente alle servitù rustiche dell' acquidotto, è stabilita la massima che il dominante possa essere tanto quegli che devia l'acqua, quanto quegli che la deriva: or dunque verificasi lo stesso caso anche rispetto all' acqua che radunasi in una casa. Con ciò quindi ritengo d'aver provato la mia asserzione motivata all'art. CXXXVI, cioè che i compilatori del Codice Austriaco trattarono il concreto argomento con una sottigliezza d' ingegno che manca perfino nelle migliori opere dei civilisti.

acqua, riconosceremo colla più gran facilità la parte dominante. Che poi questa soltanto, e non anche la parte serviente esser possa quella che è autorizzata a trattener l'acqua, od a impedirne l'ingresso, è affatto evidente, poichè si può bensì rinunziare al proprio diritto anche contro la volontà della parte serviente (§ 939); ma non così sottrarsi all'obbligo proprio contro il volere della parte dominante (§§ 1412, 1413). Riflettasi ora prima di tutto al semplice stillicidio affermativo. Se l'acqua cade liberamente dal mio tetto inclinato verso il fondo del vicino, e ch'essa venga accolta ed usata da quest'ultimo, lo spazio su cui cade l'acqua od è di mia proprietà o no. Nel primo caso, che di regola si suppone (art. XXXV nota *b*), non si può parlare dell'esistenza d'una servitù, poichè io non esercito nulla sul fondo altrui, ma tutto unicamente sul mio, quindi mi prevalgo soltanto del diritto di proprietà che mi compete (*a*), nè l'uso fatto dal vicino dalla parte esterna del mio edifizio dell'acqua lasciata in libertà, può fondare una servitù, poichè egli con ciò non si vale contro di me nè d'un diritto d'esercizio sopra il mio fondo, nè d'un diritto proibitivo verso di me; nulla dunque ha luogo ond'egli mi possa proibire di dar una direzione diversa al mio stillicidio.

Nel secondo caso io figuro, di regola, parimenti

(*a*) *Nemo ipse sibi servitutem debet. L.* 10, *comm. praed. Nulli enim res sua servit. L.* 26, *de S. P. U.*

come solo dominante, poichè s'io lascio cadere lo stillicidio sul fondo altrui, ed il vicino lo riceve, sono io ch'esercito un diritto sul suo fondo, non egli sul mio, perchè soltanto io agisco attivamente sul di lui fondo, ed egli all'opposto si contiene in esso passivamente.

Art. CXL. Egli allegherebbe indarno in suo appoggio che non può essere spogliato dell'acquisito diritto, perchè il mio stillicidio cade già nel suo fondo forse da tempo immemorabile, e fu anche da lui sempre e da'suoi antenati goduto, mentre verrebbe con ciò ad asserire d'essere in possesso d'una servitù. Ma come potrebbe egli mai sostenerlo, se questa o dovrebbe essere una servitù affermativa o negativa, ed a colpo d'occhio si ravvisa non poter essere nè questa nè quella; non una servitù affermativa, perchè manca la sua qualità caratteristica, non avendo il vicino mai intrapreso nulla nel circolo di mia ragione, ma usato semplicemente dell'acqua scolata nel suo fondo senza la minima sua cooperazione, quindi divenuta sua, non già in forza di una servitù, ma in forza del diritto di proprietà ad esso competente, ciocchè non può mai estendersi ad un'acqua che trovasi ancora dentro la linea della mia proprietà, quindi ancor di mia ragione, non una servitù negativa, consistendo questa in un diritto di proibire, il quale può acquistarsi solo mediante contratto, ultima volontà, sentenza, prescrizione (§ 480), oppure quando sia stato effettivamente proibito al vicino qual-

che cosa, che altrimenti avrebbe diritto di fare, e ch' egli si fosse acquietato alla proibizione (§§ 313, 1459). Or dunque, siccome io presuppongo che nulla si possa provare di tutto questo, può anche lo stillicidio, dovendo ogni restrizione venir provata (§ 17), essere mai sempre trattenuto, o data al medesimo un' altra direzione.

Art. CXLI. Se si riflette inoltre alla deviazione dello stillicidio, o piuttosto del corpo d' acqua, il quale o ha per oggetto unicamente l' acqua piovana ed al tempo stesso anche altre cose fluide, vale, di regola, quanto è di ragione circa lo stillicidio semplice; poichè quegli il quale fa passare qualche cosa dal proprio nel fondo altrui, tutt' uno, se l' oggetto della immissione sia solido, come p. e. una trave che viene immessa nel vicino muro, oppure fluido, com'è l'acqua, dee perciò essere considerato per dominante, perchè l' altra parte tollera un esercizio, e in conseguenza concorrono tutti i requisiti che qualificano la sussistenza d'un diritto ad una servitù. Può benissimo questa deviazione essere stata convenuta in vantaggio del vicino; ma e si può dalla semplice possibilità conchiudere alla realtà, massime quando, come nel concreto caso, si dovrebbero presupporre come vere delle circostanze che non si possono verificare?

La servitù di condurre al proprio fondo l'altrui stillicidio è pure affermativa. Chi dunque la pretende, dee provare d' averla esercitata sul fondo ch' egli dichiara serviente, quindi d' aver derivata l'acqua dal

fondo altrui e condotta nel proprio, vale a dire che egli ha messo in opera i canali, i condotti, od altri apparecchj che trovansi nel fondo altrui, ovvero, qualora non si sappia più verificare chi gli abbia un tempo costrutti, ch'egli ha per lo meno sostenuto le spese di manutenzione. S'egli non è in grado di provare queste circostanze, è manifesto che non ha derivata verun acqua, ma ricevuto soltanto quella che vi entrò, che in conseguenza l'altra parte trovasi in possesso della servitù di deviare l'acqua, e non egli in possesso della servitù di derivarla. È dunque fuor di dubbio che colui che devia l'acqua sarà sempre in facoltà di trattenerla; quegli all'opposto che l'ha sempre ricevuta, non sarà mai in diritto d'impedirne l'ingresso.

Art. CXLII. Si potrebbe tuttavia rinfacciarmi ch'io non ho minimamente oppugnato l'ergomento su cui li miei avversarj potrebbero fondare la loro asserzione, imperocchè nel caso legale proposto all'articolo CXXII si è motivato, che l'acqua piovana scorra da un fondo all'altro, e che cadauno dei vicini abbia cura sul fondo proprio dei condotti ed altri apparecchj i quali promuovono lo scolo, dal che dunque, inesivamente alle massime ch'io stesso ho pronunciate, risulta che militano ragioni ugualmente giuste per l'uno, ch'egli sia in diritto di deviare l'acqua, come per l'altro di derivarla, mentre niun di loro intraprende qualche cosa sul fondo dell'altro, ma sostiene soltanto sul proprio fondo le spese dei condotti, canali, od altre

opere; che se gli competesse effettivamente l'una o l'altra servitù, dovrebbe al tempo stesso, a termini dei §§ 489, 490 e 491, sostenere tali spese anche sul fondo dell'altro.

Quest'unico obbietto dovrebbe dunque bastare a dimostrare fallace la mia asserzione? Io credo invece ch'esso non abbisogni neanche di risposta, poichè la sua erroneità emerge per sè stessa dalle massime anteriormente stabilite. Non si può negare che quegli che riceve l'acqua non è in grado di sostenere d'essere in possesso della servitù di poterla derivare non potendo egli provare che l'acqua entra nel suo fondo per opera sua; all'opposto è ugualmente innegabile che l'altro può asserire d'essere con ogni diritto e ragione in possesso della servitù di poter deviare l'acqua. Mentre, siccome la sua acqua viene ricevuta dal fondo vicino, havvi anche la qualità caratteristica d'una servitù, vale a dire l'esercizio dall'una e la tolleranza dall'altra parte. Ora per ciò che concerne la circostanza che quegli che fa passar l'acqua non abbia nel fondo che la riceve sostenuto le spese di conservazione dei condotti od altre opere a tal effetto necessarie, dessa non distrugge già la qualità della servitù, poichè siccome l'acqua vi entra di continuo, anche la servitù affermativa si trova in pieno esercizio, e solo si può dire, che la parte che fa passar l'acqua, non ha, in opposizione al dover suo, alleggerito il peso del fondo serviente col farsi carico delle spese (§ 491). E perchè non ha mai la

parte soggetta messo in campo questo obbligo? Può ancor farlo; ma non già pretendere la cessazione della servitù, poichè il (§ 919) esprime troppo chiaramente, che *se una delle parti non adempie del tutto il contratto, o non l'adempie nel tempo, nel luogo e nel modo convenuto, l'altra parte, eccettuati i casi determinati dalla legge, o di una riserva espressa, non ha il diritto di chiedere lo scioglimento del contratto, ma soltanto l'esatto adempimento di essa, o l'indennizzazione.*

Che poi questa disposizione sia applicabile anche a quelle servitù che non furono costituite mediante contratto, ma che sono fondate in una disposizione d'ultima volontà, in una sentenza, o nella prescrizione, nissun giureconsulto potrà mai porlo in dubbio; poichè tutte queste quattro cause fondamentali offrono soltanto un titolo legale (§ 480), ma se trattasi d'un diritto già fondato, nulla importa qualunque ne sia il titolo che abbia per base, poichè noi non abbiamo alcuna legge la quale in un tal caso faccia distinzione (§ 424), nè la stessa filosofia del diritto ne richiede alcuna (*a*).

Art. CXLIII. Ecco discussi i problemi legali più astrusi che risguardano la materia delle servitù.

(*a*) È in generale una giusta regola giuridica che i diritti acquistati per qualsivoglia titolo legale, godono d'una eguale estensione, e sono viceversa sottoposti eziandio alle stesse restrizioni. Da ciò nacque la regola ovvia nelle opere dei civilisti. *Sicut concessio, ita quoque praescriptio certos limites, et terminos habet.*

Ne rimangono ancor alcuni pochi d'importanza. Per sciogliere anche questi, e non passare nè pure sotto silenzio fin'anche alcune semplici massime non ancora motivate, io voglio, giusta il metodo da me prescelto nel presente trattato, prendere una via mediata in luogo della immediata col discutere in tutta la loro estensione tre delle servitù più importanti, cioè una servitù urbana, una rustica, ed una negativa, che sono quelle del diritto d'immettere le travi, dell'acquidotto, e di non erger più in alto l'edifizio. Con questo mezzo verremo a conseguire un doppio altrimenti non ottenibile vantaggio. Il primo è, che così l'applicazione della teoria viene a svilupparsi sopra casi determinati, quindi anche tanto più agevolmente l'estensione delle singole massime; il secondo, che siccome nel discutere quelle tre servitù voglio adottare di passo in passo quell'andamento che servì di guida a Gaspare Muncio nella sua *Bibliotheca aurea, Francoforti ad Moenum* 1695 *in tractatu de servitutibus praediorum urbanorum et rusticorum* (a), mi si offrono così molte occasioni onde provare, che il Codice austriaco è tanto perfetto quanto il romano; che in quei casi nei quali le due legislazioni differiscono l'una dall'altra, l'austriaca ha introdotto dei miglioramenti appoggiati alle massime della filosofia del

(a) Io scelgo quest'opera, non già perchè io la riguardi per un capo lavoro tale che i trattati posteriori avessero a cedergli la palma, ma perchè io ritengo che niun altro autore possa essere tanto sparso nelle mani de' miei lettori come questo.

diritto illustrate nel secolo nostro; che nell' analizzare i problemi di diritto più sottili, giusta l' austriaca, s'incontrano assai meno difficoltà, che non secondo quella, e che finalmente nella nostra non si troveranno dubbiezze, a meno che non si abbia la mania di volerle assolutamente rinvenire, mentre all'opposto sono assai ovvie nella legislazione romana.

INDICE DELLE MATERIE

DEL SESTO CAPITOLO

Della Servitù dell' immissione delle Travi



Art. CXLIV. *Cosa sia la servitù della immissione delle travi.*

CXLV. *Cosa possa formare oggetto d' immissione in un muro altrui?*

CXLVI. *Cosa voglia dire* immettere *in un muro altrui.*

CXLVII. *La servitù della immissione delle travi può essere servitù urbana e rustica. In generale tutte le servitù dichiarate dalla legge per urbane, possono considerarsi per servitù rustiche, e così anche viceversa.*

CXLVIII. *Il diritto d' immettere le travi fonda assolutamente una servitù.*

CXLIX. *Se si abbia diritto d'immettere delle travi in un muro comune.*

CL. *Con qual nome chiamar debbasi il diritto della immissione delle travi, quando venga esercitato da una casa di propria ragione sopra un muro che si possiede in comunione con altri.*

CLI. *Cosa sarebbe di diritto in caso d'arbitraria immissione di travi.*

CLII. *Se si trattasse del modo d'esercizio d'una servitù costituita sotto espressioni generiche, è d'uopo distinguere se si tratti del primitivo esercizio, ovvero*

CLIII. *Col tratto del tempo, dell'esercizio ulteriore.*

CLIV. *In luogo delle infracidite travi, se ne possono introdurre delle altre.*

CLV. *Sarebbe una eccezione, qualora il diritto di immissione delle travi fosse stato costituito per una causa temporanea.*

CLVI. *Cosa sarebbe di ragione se nascesse il dubbio che l'immissione delle travi fosse stata accordata come servitù prediale, o soltanto per una causa temporanea.*

CLVII. *Se regga veruna differenza fra la servitù d'imporre il peso, e d'immettere le travi, e se possano sussistere* servitutes in faciendo.

CLVIII. *Il diritto reale della servitù si acquista nell'istessa guisa di ogn'altro diritto reale sulle cose; conseguentemente si richiede prima di tutto uno dei quattro titoli legali.*

CLIX. *Malgrado che nel* § 480 *venga sorpassato il titolo legale della sentenza di giudice, ciò nulla meno essa appartiene ai titoli onde acquistare una servitù.*

CLX. *Il semplice titolo accorda soltanto un diritto personale; per acquistare un diritto reale, il contratto dev'essere inscritto nei pubblici libri.*

CLXI. *Sono però eccettuate quelle servitù che presuppongono un edifizio terminato, poichè in tal caso*

si acquista anche il diritto reale della servitù col mero compimento dell' edifizio, senza bisogno d' inscrizione nei registri pubblici.

CLXII. *In generale l' inscrizione di qualsivoglia atto d' acquisto non giova ad alcuno, qualora al momento della conclusione dell' affare avesse saputo che competeva ad un terzo qualche personale diritto sulla cosa.*

CLXIII. *Questa massima dee maggiormente valere in proposito delle servitù prediali.*

CLXIV. *La massima che il diritto reale della servitù sopra cose immobili acquistasi soltanto col mezzo della inscrizione nei libri pubblici, trova il suo effetto soltanto riguardo alle servitù negative, e, di regola, anche riguardo alle servitù rustiche.*

CLXV. *Il diritto reale della servitù può cessare soltanto o pel fatto della cancellazione dai libri pubblici, o perchè è perito il fondo.*

DELLA SERVITÙ
DELL'IMMISSIONE DELLE TRAVI

CAPITOLO SESTO

Art. CXLIV. La servitù della immissione delle travi (*servitus tigni immittendi*) è un diritto in virtù di cui il vicino dee tollerare l'introduzione o immissione d'una trave o d'un travicello altrui nel muro proprio (§ 474) (*a*).

Art. CXLV. Oggetti d'immissione a termini del § 475 sono le travi ed i travicelli. Ma non sono assolutamente perciò esclusi altri materiali da fabbrica, come p. e. le pietre oblunghe, le sbarre di ferro, i mattoni e simili (§ 499); poichè l'introdurre pietre oblunghe od altre d'appoggio, stanghe di ferro, ed anche mattoni, procura ben sovente ad un edificatore importanti vantaggi, ed in tal caso la menzionata servitù sussisterà alcerto in ogni evento, poichè venne effettivamente introdotta qualche cosa

(*a*) *L.* 2, *L.* 20 *in pr. L.* 25. *D. de Serv. praed. urb.*

nel muro altrui, nè porta veruna differenza qualunque sia l'oggetto della immissione (b).

Nulla osta al mio assunto che il § 475 faccia menzione solamente di travi e travicelli, mentre com'esprime l'intenzione di questo § vengono annoverate soltanto le servitù ordinarie; per conseguenza anche il legislatore nel deciferare l'idea delle singole servitù, ha motivo soltanto ciò ch'è più comune, e non ciò che lo è meno,

Art. CXLVI. Far passare qualche cosa nel muro altrui, vuol dire introdurvela in modo ch'essa venga a star in connessione coll'edifizio della parte dominante (a), poichè volendo io costruire sopra il vicino muro qualche cosa la quale non istasse in comunicazione col mio edifizio, non potrei ciò fare in forza d'una servitù, perchè giusta il disposto dal § 418, tutto ciò che si fabbrica sopra un fondo altrui, appartiene al padrone del fondo in virtù del diritto di proprietà che gli compete (b). Siccome però, sotto

(b) *Tigni appellatione omnis materia venit, quae apta est ad aedificiorum exstructionem, uti trabes, lapides, coemento, ferrum et alio*, *L.* 1, § 1, *de Serv. praed. urb.* Zoesius *L.* 8, *tit.* 2. *N.* Weizenegg. *Disser.* 3, *c.* 4, *N.* 2.

(a) *Immissum illud dicitur quod ita in nostro pariete provehitur, ut in alieno requiescat. L.* 25. *D. de Serv. praed. urb. L.* 245. *D. de V. S.*

(b) *Si quis non ex suo immittat tignum in parietem vicini, sed supra aedificium alienum aedificare velit; id jure servitutis effici non possit: nemo enim potest super alienum aedificium su-*

certe circostanze, anche una simile fabbrica potrebbe procurarmi qualche vantaggio, mi verrebbe con ciò, nell' ipotesi che fosse stato pattuito col vicino che tal' opera abbia da rimanere perennemente, o conferita la proprietà della nuova opera, ovvero la negativa servitù, che non si possa con quell' opera intraprendere verun cambiamento, cioè secondo che mi venisse contemporaneamente accordata, o no la proprietà del'a opera stessa. Un esempio della prima specie sarebbe qualora mi venisse conceduta la facoltà di poter ergere sopra una casa d' un solo piano un secondo piano ad uso mio, ciocchè succede sovente colle case degli Ebrei; un esempio della seconda qualità sarebbe: quand'io potessi alzare il vicino muro divisorio affine d' impedire che si guardi nel mio cortile. A dir vero, non ho trovato in alcun'Opera de' Civilisti questa duplice restrizione; dessa ha però il suo immediato fondamento nella tesi legale, che noi siamo autorizzati a conchiudere qualunque contratto che ci è utile, purchè non sia proibito dalle leggi. Mentre il § 17 dichiara, che *ciò ch'è conforme agl' innati diritti naturali si avrà per sussistente, fin a tanto che non venga provata una legale restrizione dei medesimi.* Ora noi non abbiamo legge alcuna la quale dichiari invalido un contratto in virtù del quale ci venga trasferita la piena proprietà d'un edifizio eretto so-

perius habere, L. 25 in pr. de Serv. praed. urb. *Nam quidquid super alienum aedificatur, solo cedit ac proprium fit vicini cujus est paries.* L. 2. C. de rei vind.

pra un fondo altrui o sopra un altrui muro; non può quindi incontrar obice alcuno la conclusione di un tale contratto, massimamente perchè nella servitù d' appoggiare il peso (*oneris ferendi*), e ottenuto che si abbia il diritto sulla superficie, si verifica quasi la stessa circostanza (§ 1125). Che in un tal caso l' interno del suolo servirà alla cosa fabbricata, non è da porsi minimamente in dubbio. Da ciò dunque ne viene, che le due regole, cioè: *tutto ciò che viene costituito sopra un fondo altrui*, *va devoluto al proprietario del fondo*; e, *non si può in forza d' una servitù sopra un muro altrui possedere nulla in proprietà* , sono, secondo il diritto austriaco, valide solo qualora non sia stato diversamente conchiuso mediante convenzione.

Art. CXLVII. Il diritto d' immettere le travi è una servitù urbana, ovvero rustica? Pare che non vi possa essere verun dubbio per dover annoverarla fra le servitù urbane, perchè il § 475 la dichiara appunto per servitù urbana. Nulla meno è d'uopo, a senso del § 474, distinguere se il fondo dominante sia destinato all' economia rurale, o ad altro uso. Nel primo caso p. e. venendo accordato al proprietario d'una capanna o rimessa il diritto d'immettere le sue travi nel muro vicino, sarebbe una servitù rustica, nel secondo caso, p. e. venendo conceduto lo stesso diritto al proprietario d'una casa d' abitazione, sarebbe una servitù urbana (*a*). Il motivo pel quale il § 475 dichiara questa

(*a*) Se un edifizio sia destinato all' economia rurale o ad altro

servitù per una servitù urbana, e nei §§ posteriori non la annovera contemporaneamente fra le servitù rustiche, consiste nella circostanza che il nostro legislatore, come si esprime all' introduzione dei §§ 475, 476 e 477, volle far menzione semplicemente delle servitù più ordinarie. Or dunque siccome la servitù della immissione delle travi si verifica di frequente negli edificj urbani, e ben di rado in quelli dedicati all'economia rurale, è anche evidente perchè tale servitù sia bensì menzionata nel § 475 e non lo sia viceversa nel § 477.

Quindi ne viene pure, che le servitù dichiarate dalla legge per servitù urbane, possono benissimo ritenersi anche per servitù rustiche. Così p. e. il diritto di passaggio a piedi, secondo il § 477, è dichiarato

uso, non è assolutamente da giudicarsi dalla sua situazione, vale a dire se si trovi piuttosto in una città, che non in campagna, ma unicamente dalla sua qualità e destinazione. Un edifizio che sia destinato per abitarvi, all'esercizio d'un commercio, o d'una manifattura, od alla custodia del bestiame, che vien allevato per diporto, o per speculazione, verrà sempre contato fra i fondi urbani, ancorchè si trovi in campagna. All'opposto tutti gli edifizj, lo scopo de'quali sia di promovere l'economia rurale, possono trovarsi anche dentro le mura di circonvallazione d'una città, come p. e., una capanna o rimessa, sono sempre veri fondi rustici. Questa asserzione è sostenuta dallo spirito del § 474. Il diritto romano pronuncia in alcune leggi la stessa massima. § 1. *D. de Ser. praed. L.* 1. *D. Communia praed. L.* 198. *et* 211 *de V. S.* Tuttavia la *L.* 2 *de S. P. R.* e la *L.* 4. *in quibus causis pign.*, esprimono la massima che la qualità de' fondi non è da desumersi tanto dalla loro destinazione, quanto piuttosto dalla posizione in cui si trovano.

quale servitù rustica, perchè d'ordinario viene costituito ad uso vantaggioso dell'agricoltura, senza che per questo un proprietario d'una casa d'abitazione non possa farsi costituire lo stesso diritto dalla corte o dal giardino confinante, laddove sarebbe assolutamente da considerarsi per una servitù urbana, poichè le servitù ricevono il loro nome, non dal fondo obbligato, ma da quello dominante (§ 474). Ma non franca assolutamente la pena il tirare linee precise di demarcazione fra le singole servitù riguardo alla circostanza se siano d'annoverarsi fra le urbane o le rustiche, imperocchè presso di noi il fatto, se una servitù appartenga a questa od a quella classe, per sè solo, non produce veruna legale differenza.

Art. CXLVIII. Che la introduzione d'una trave o d'altro oggetto nel muro vicino, fondi una servitù, è innegabile, poichè con ciò, da una parte verificasi l'esercizio d'un diritto sopra una cosa altrui, dall'altra la tolleranza, quindi hanno luogo tutti i requisti che qualificano la sussistenza d'una servitù. (§§ 472, 473, 475 e 482).

Art. CXLIX. Ma si avrà forse diritto d'immettere delle travi in un muro di ragione comune?

La soluzione di questo quesito incontra, giusta il diritto romano, varie difficoltà (*a*). Secondo lo spirito

(*a*) Le più importanti leggi sono: *L.* 10 *de usufr. L.* 26 *et* 27 *de S. P. U.* Quest'ultima legge viene interpretata in diverso modo, per cui molti Giureconsulti propongono lezioni del tutto nuove, per cavar fuori un senso tale che appoggi la loro opinione.

del nostro Codice io sono però d'avviso che sia necessario distinguere se quel muro in cui debbonsi immettere le travi sia una proprietà comune rispetto al fondo medesimo, o rispetto a due diversi fondi. Il primo caso ha luogo quando *A* e *B* posseggano una casa in comunione, che *A* sia contemporaneamente anche proprietario della vicina casa, e che da quella volesse introdurre delle travi in uno dei muri che sono comuni solo riguardo alla prima casa. Il secondo caso si verifica quando due vicini non fossero in una comunione coi medesimi edifizj, ma soltanto col muro divisorio che trovasi framezzo ad essi, e che uno di loro volesse prevalersi di quel muro per immettervi delle travi. Nel primo caso non è da parlarsi d'immissione di travi contro il volere del comproprietario, poichè, *se i consorti non si accordano, nessuno dei consorti può fare innovazione nella cosa comune, colla quale si disponesse della porzione dell' altro* § 828 (*b*).

Ora sebbene a senso dei §§ 834 e 835 possa un consorte talvolta intraprendere perfino dei cambiamenti importanti contro la volontà dell'altro verso la prestazione d'analoga cauzione, nulla meno la legge premette per condizione, che un simile cambiamento abbia per iscopo o la conservazione o il miglior uso

(*b*) *Sabinus, in re communi neminem dominorum jure facere quicqaam invito altero posse: Unde manifestum est, prohibendi jus esse: in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat. L.* 28. *D. communi divid.*

del capitale comune. Nel premesso caso però trattasi d'aggravare la cosa comune a vantaggio della cosa del vicino, quindi a danno di quella comune, ciocchè non si può fare, giusta il disposto dal § 1201; a meno che il consorte, e se sono più, tutti non ne siano d'accordo.

Nel secondo caso, stando alla massima contenuta nel § 855, *che cadaun consorte possa usare del muro comune* (com'è appunto un muro divisorio, § 854) *fino alla metà della grossezza*, potrà eziandio cadaun consorte, anche contro la volontà dell'altro, essere in diritto d'immettervi le travi fino alla metà, presupposto però, come prescrive la chiusa del § stesso, *che non venga in verun modo impedito al vicino l'uso della sua porzione*, cioè, facendo applicazione al concreto caso, che il muro sia solido non solo per portare quel peso, ma al tempo stesso anche per un peso doppio, nel caso, vale a dire, che il consorte volesse imporvi anch'egli un peso ugualmente forte, poichè altrimenti l'uno verrebbe ad arrogarsi l'uso esclusivo del muro, mentre compete pure a cadaun consorte il diritto d'uso nel modo istesso (§ 829). È manifesta la causa naturale per cui può aver luogo l'immissione delle travi, contro il volere dell'altra parte; imperocchè ciò che può intraprendersi in forza del diritto di proprietà, si può fare anche in forza della comproprietà, quindi si è autorizzati anche a farne uso a piacimento (§ 362,) nell'ipotesi che in tal modo non vengano, come si è dimostrato di sopra,

lesi minimamente i diritti del consorte (§§ 363, 364 e 829). Da ciò risulta al tempo stesso che in questo caso il diritto dell' immissione delle travi figura, non come una servitù, ma bensì come un esercizio del diritto di proprietà, massime che la legge attribuisce ad ognuno dei consorti l' uso della metà, per conseguenza considera il muro comune legalmente diviso, per cui ciascuno di essi fa uso soltanto della cosa propria, e non già dell' altrui, cosicchè manca la qualità caratteristica d' una servitù §§ 472 e 474.

Art. CL. Che nome poi daremo al diritto della immissione delle travi nel primo caso, se il consorte la permette? Riguardo al consorte, quello di servitù, poichè egli sottomette ad una servitù la sua comproprietà in vantaggio dell' edifizio limitrofo, ma riguardo all' altro ch' è proprietario esclusivo dell' edifizio vicino, e soltanto comproprietario del fondo sottoposto alla servitù, conviene distinguere molto accuratamente. Poichè siccome si fa uso della cosa propria in forza del diritto di proprietà e d' una cosa comune in virtù della comproprietà, ed all' opposto si usa della cosa altrui in forza d' una servitù (*a*);

(*a*) *Res sua propria nemini servit, et nemo ipse sibi servitutem debet. L.* 10 *D. commun. praed. L.* 26. *D. de S. U. P. nullumque praedium ipsum sibi servire potest. L.* 33. *D. de S. P. R. adeoque si duo praedia vicina habeam, unum alteri non potest servitutem debere, vel jure servitutis servire. Manzius Q.* 14 *n.* 223. *Unus ex dominis communium aedium servitutem imponere non potest. L.* 2. *D. de servit.*

così ne viene che il diritto d'immettere le travi si presenta come una servivù, solo con riguardo alla comunione; ed in quanto si è comproprietario della casa vicina, si presenta come un effetto del diritto di comproprietà.

Pare che questa distinzione non offra alcun vantaggio pratico, ed altro quindi non sia che una sottigliezza desunta del diritto romano. Siccome però essa è fondata nella massima statuita dai §§ 526 e 1445, congiunta con legali conseguenze, cioè *che non si usa della cosa comune in forza d' una servitù*, neppur io nel discutere i premessi problemi poteva passarla sotto silenzio, nè tampoco nel caso che non ne derivasse alcun vero vantaggio per l' esercizio pratico-giuridico. Mentre havvi sempre bastante vantaggio quand'io fermo attenzione altrui sopra una delle più fine distinzioni, poichè quegli che s' istruisce per divenire giureconsulto, non si sviluppa più prontamente con verun altro metodo, se non quando si separa tutto ciò ch'è di fatto in altrettante classi, quante servono di base alla decisione delle diverse tesi di diritto, sebbene queste non abbiano alcuna influenza in un determinato caso (*b*).

(*b*) I Civilisti non sono assolutamente d'accordo intorno ai quesiti sciolti in questo e nel precedente articolo. Il motivo ne è, perchè le leggi che hanno qui rapporto, sembrano in parte essere fra loro medesime in contraddizione. Io credo però di combinare assieme quelle leggi, dichiarando che alcune di esse presuppongono soltanto un muro comune, le altre invece una casa comune, sulla

Art. CLI Cosa sarebbe di ragione se il vicino immettesse arbitrariamente delle travi nel mio muro; come potrei difendermene? Si dee distinguere s' egli abbia fin' ora fatto soltanto dei preparativi, oppure già terminata l' opera.

Nel primo caso: *Chi corresse pericolo d' essere pregiudicato è in diritto di domandare dal giudice il divieto d' una tale innovazione, dal quale dee decidersi il caso colla maggior sollecitudine* (§ 340). Tuttavia se attesa la distanza del Giudizio potesse giugnere troppo tardi il suo provvedimento, e per conseguenza effettuarsi intanto l' immissione delle travi in pregiudizio del muro, il proprietario potrà colla forza conveniente impedire quel divisamento (§ 344), senza poter imputargli, ch' egli si faccia giustizia da se medesimo, contro il disposto dal § 19, imperocchè egli non fa che difendere il suo diritto di possesso contro una ingiusta lesione, e respingere soltanto la violenza, ciocchè deve assolutamente essere lecito a cadaun possessore (*a*).

quale il consorte voglia acquistare una servitù riguardo alla casa vicina di sua esclusiva ragione. È singolare che non sia caduta in mente ai Civilisti (almeno per quanto è a me noto) una simile distinzione.

(*a*) *L.* 29. *D. ad L. Aquil. Hoc in casu non dico mihi ipsi propria authoritate jus dicere, sed possessionem meam defendere: resistere enim possum omnibus, qui possessioni impedimentum aliquod creant.* Wes. *n.* 7. *D. de acquir. vel ammit. poss.* Se il vicino volesse arbitrariamente fabbricare un tetto, od un verrone sopra il mio spazio d' aria, non potrò già impedirglielo colla forza,

Se poi la fabbrica fosse già terminata, senza che il padrone del muro che ne era consapevole, l'abbia tosto interdetta, in tal caso non potrà più spiegare la sua azione onde sia distrutta l'opera (§ 418), ma sarà in diritto, come si è dimostrato agli articoli XCI e XCIII, di pretendere l'indennizzazione, non tollerando le leggi mai che l'uno di procuri del vantaggio con iscapito dell'altro.

Art. CLII. Fino a che punto potrebbe estendersi la servitù della immissione delle travi, venendo essa accordata ad un vicino, che ha intenzione di fabbricare, illimitatamente, vale a dire con espressioni generiche, ch'egli sarà autorizzato ad introdurre le sue travi nel vicino muro? Convien distinguere se si tratti del primiero, oppure dell'ulteriore esercizio nel decorso del tempo. Nel primo caso egli potrà immettere in tutte le parti del muro tante travi quante ne può richiedere il vantaggio ed il comodo dell'edifizio da erigersi, (§ 473), poichè il diritto della servitù è inerente alla cosa che serve, ed in conseguenza anche a tutte le singole parti (§§ 485, 1482) (a).

mentre in tal caso il provvedimento giudiziale non potrebbe mai arrivare troppo tardi (§ 344); poichè siccome l'edificatore non tocca il mio edifizio, non ho neppur da temere dall'opera sua arbitraria alcun rilevante danno, ma solamente l'incomodo di poco rilievo di dover tollerare l'abusiva continuazione della fabbrica sino a che intervenga il giudizio.

(a) *Si totus ager itineri, aut actui servit: dominus in eo agro nihil facere potest, quo servitus impediatur: quae ita diffusa est*

ed il § 484 esprime pure positivamente: *il possessore del fondo dominante può esercitare a suo grado il proprio diritto.* Tuttavia il diritto d' esercizio di questa servitù è circoscritto dalle leggi appunto come quello di qualsivoglia altra, in guisa:

A. Che il dominante non può estendere oltre misura l' esercizio, ma dee piuttosto ristringerlo per quanto il comporta l' indole ed il fine per cui furono costituite le servitù (§ 484), e in generale *procurare di diminuire il peso del fondo serviente* (§ 491). Se dunque si può conseguire lo scopo, senza pregiudicare al vantaggio e comodo dell' edifizio con minor numero di travi o con più deboli, egli non sarà autorizzato ad introdurne di più, nè di più forti, e neppure , come si può desumere per analogia di diritto dal § 855, oltre la metà della grossezza del muro.

B. Che in ogni caso il muro sia forte abbastanza, onde portare il peso , che vien cagionato dall' immissione delle travi, poichè di regola si ha d'avere giusto riguardo all' estensione ed alla qualità della cosa serviente (§§ 500, 503). Ma ancorchè il muro fosse forte abbastanza , egli dovrà limitare quel diritto, qualora lo stesso proprietario del muro volesse parimenti usarne per immettere le travi, o per esercitare qualche altro diritto di proprietà; poichè il § 502 stabisce la massima che il dominante non possa escludere

ut omnes glebae serviant .(L. 13. § 1, *de S. P. R.*). *Si mihi concesseris iter aquae per fundum tuum, non destinata parte, per quam ducerem; totus fundus tuus serviet.* (L. 21. Dig. *eod. tit.*).

il serviente dall'uso comune della cosa soggetta; la qual massima è, a termini del § 503, applicabile a tutte le servitù. La surriferita asserzione, che il padrone della servitù sia in diritto di usare della metà della grossezza, è dunque da limitarsi in quanto che questa metà, supposto che sussistesse per sè sola, sarebbe atta a procurare lo stesso modo d'esercizio, quindi nel caso d'immissione di travi, a portare lo stesso peso, poichè diversamente si verrebbe a spiegar diritto sopra l'altra metà, e in conseguenza sopra l'intero muro.

Art. CLIII. Nel secondo caso se si tratta dell'ulteriore esercizio col decorso del tempo, il proprietario della servitù non sarà autorizzato, a meno che il contratto non contenga un'altra disposizione, all'immissione *di più* travi, o ad introdurli in un'altra parte del muro serviente, come p. e. qualora egli intendesse alzare o ampliare il suo edifizio, e ciò anzi malgrado la circostanza, che il diritto della servitù si estenda a tutte le singole parti della cosa serviente (§ 1482). Non incontrerò veruna difficoltà onde provare questo mio assunto.

La quistione come si debba regolarsi divenendo controverso il diritto d'esercizio d'una servitù, è decisa dal § 484, più dai §§ 498-502. Il § 484, pronuncia questa regola. *Il possessore di un fondo dominante può esercitare a suo grado il proprio diritto, ma le servitù non si debbono estendere, anzi ristringere per quanto il comporta l'indole di esse, ed il fine per cui furono costituite.* Prima di applicare al caso mio il sottilissimo

senso di questo §, voglio analizzare lo spirito degli altri or ora mentovati §§. Questi, stando al tenor letterale, contemplavano veramente solo quelle disposizioni che debbono aver luogo, nascendo controversia intorno all'esempio del diritto di pascolo; comecchè però il § 503, prescrive che quanto fu stabilito rispetto al diritto di pascolo, si debba relativamente applicare alle altre servitù, così io voglio procedere a tale relativa applicazione anche all'immissione delle travi.

Dal § 498 si può desumere al più questo principio, che se riguardo alla immissione delle travi non è determinata la misura dell'uso, dev'essere mantenuto il tranquillo possesso di trent'anni, e che in conseguenza dopo il lasso di questo periodo, in nessun evento si possa immettere *maggior numero* di travi, e nè pur travi in generale *in un'altra* parte del muro. Si può desumere dal § 499, che al più si possono introdurre non solamente travi ma eziandio pietre d'appoggio, sbarre e simili. (Art. CXLV). Il § 500 esprime: *se il numero delle bestie che mandavansi al pascolo avrà variato dentro gli ultimi trent'anni, si prende il numero medio di quello dei tre primi anni. Se nemmeno questo risulti, si ha secondo l'equità riguardo tanto all'estensione, quanto alla qualità del pascolo, ed a quello cui ne compete il diritto, in niun caso si concede di mandare nell'altrui pascolo una quantità di bestiame maggiore di quella ch'egli stesso possa alimentare per un inverno colla pastura raccolta dal fondo dominante.*

Ora non essendo da supporsi, che nel breve spazio di tre anni si avessero, dopo terminato l'edifizio, da introdurre nel muro serviente or più or meno travi; e siccome inoltre l'uso nella immissione delle travi non è alternativo, come nel diritto di pascolo, ma perenne; da ciò s'inferisce eziandio che il disposto dal § 500, non può agevolmente applicarsi alla servitù dell'immissione delle travi, e che, sebbene dal secondo periodo del §, si possa, per analogia di diritto, dedurre la massima, che nella immissione delle travi devesi avere giusto riguardo parte alla estensione, parte alla qualità del muro, ciò sia tuttavolta applicabile soltanto al primo esercizio di questa servitù (Art. CLII), ma non mai anche ai cambiamenti che succedono in seguito nell'esercizio, imperocchè anche questo periodo presuppone manifestante una servitù, il di cui uso non è continuato, come nell'immissione delle travi, ma viene di suà natura interrotto di tempo in tempo, come p. e. nel diritto di pascolo; in somma deve sussistere una servitù operativa di tempo in tempo (*servitus discontinua*), ma non una che operi senza interruzione (*servitus continua*), (Art. XCVIII, CVIII). Ciò dicasi anche delle disposizioni contenute nei §§ 501 e 502, poichè amendue presuppongono di nuovo espressamente una tale servitù, che per sua natura viene interrotta in forza del tempo e della misura del godimento. Da questo dunque risulta che tutti questi paragrafi non hanno assolutamente piena applicazione, ma soltanto parziale, alle servitù che agi-

scono senza interruzione. La parziale, consisterebbe unicamente in ciò, che a sensò del § 502, si dovrebbe limitare l'uso a quel vantaggio che nasce dall'idea delle singole servitù di quella specie; più, che la parte dominante non potrebbe danneggiare la sostanza, ma regolare l'uso, come ho dimostrato all'Art. CLII, in guisa, che la parte serviente non rimanga esclusa dal godimento della sua proprietà in concorso suo. Con questa parziale applicazione viene anche al certo pienamente soddisfatto allo spirito del § 503. È bensì vero che le disposizioni contenute nei §§ 498-502, concernenti il diritto di pascolo lo vogliono esteso a tutte le servitù, ma però, giusta l'espressione pronunciata nel § stesso, soltanto *relativamente*.

Perciò appunto si è pronunciata la restrizione, che, siccome in tutti questi §§ si trattò del diritto di pascolo, per conseguenza d'una servitù soggetta ad interruzione (*servitus discontinua*), così anche quelle disposizioni, le quali sono evidentemente fondate nella vera qualità di questa specie di servitù, non possano venir applicate alle servitù perenni (*continuae*) per essere servitù di tutt'altra natura. La giustezza di questa idea traluce tanto maggiormente, se si pondera l'andamento osservato dal legislatore nella discussione della dottrina delle servitù. Coll'avere sviluppato dal § 479 al 486 le massime più generali concernenti tutte le specie di servitù, egli le applica in primo luogo sotto i §§ 487-491, *ad servitutes continuas*; e dopo soltanto passa alla discussione delle servitù ru-

stiche, poi delle *servitù discontinue*, indi soltanto applica quelle massime generali all' ultima specie di servitù. Ne viene dunque per illazione naturale, che molte cose le quali sarebbero di ragione rispetto alle ultime, non potrebbero applicarsi alle prime, e così anche viceversa. Da ciò si può anche spiegare il motivo per cui nel § 503 non è stata, in via d' esempio, indicata veruna singola servitù non interrotta, ma semplicemente tre servitù che hanno il loro effetto di tempo in tempo, cioè il diritto di prendere gli animali, di tagliar legne, di cavar pietre.

Ma tuttociò che ho fin ora discusso, prova soltanto propriamente che il problema, se chi è padrone d' immettere le travi, e in generale di qualsivoglia continua servitù, abbia diritto di variare col tempo l' uso, oppure di estenderlo, non è da decidersi all' appoggio dei testè menzionati paragrafi. Sono dunque ancor in dovere di far conoscere secondo quali massime debba sciogliersi una tal tesi, e quel ch' è più, che lo debba essere negativamente giusta l' opinione da me già pronunciata.

Per una servitù continua, intendesi, come abbiamo veduto agli articoli XCVIII e CVIII, quella, la quale, cominciato che abbia una volta il suo effetto, prosegue incessantemente, e in conseguenza non abbisogna di fatti da intraprendersi di tempo in tempo. Di quest' indole sono tutte le servitù, le quali, affinchè possa aver principio il divisato vantaggio, richiedono la costruzione di qualche opera, e qui sono

dunque, di regola, d'annoverarsi tutte le servitù urbane. Ora se il godimento di queste servitù comincia soltanto dopo terminata l'opera, p. e. la servitù d'appoggiare il peso, mediante il collocamento del letto sopra l'edifizio altrui, la servitù dell'immissione delle travi, coll' introdurre le medesime nel muro contiguo e simili; e quest' uso dura senza interruzione, dacchè ha cominciato (Art. CVII), ritengo d'aver appunto con ciò incontrata naturalmente la prova, per qual motivo la servitù, terminata che sia l'opera che ne deve produrre l'esercizio, non possa più applicarsi ad un'altra parte della cosa serviente, nè in generale più estendersi contro il primiero modo d'esercizio. Mentre s'io conferisco al mio vicino, in generale, la facoltà di valersi della cosa mia allo scopo di una delle mentovate servitù, è bensì vero ch'io ho in tal guisa sottoposto tutte le singole parti del fondo alla servitù; ma non è viceversa da dimenticarsi, che siccome l'uso d'una tale servitù non può altrimenti aver principio, se non mediante la costruzione d'un'opera, il proprietario della servitù *può a suo grado scegliere quel modo che più gli piace* per intraprendere la fabbrica, (§ 484) vale a dire, p. e. di usare di tutto o soltanto della metà del muro per immettervi le travi, oppure di dirigere il piovente sopra quella parte del fondo soggetto ch'ei vuole. S'egli dunque nella costruzione dell'opera si è ormai giovato del suo diritto di scegliere, egli deve anche attenervisi invariabilmente; poichè dallo spirito del § 906 risulta, che

se appartiene ad alcuno la facoltà di scegliere fra diversi modi d'esercitar un diritto, *egli non può di propria autorità recedere dalla scelta già fatta.* Questa massima è tanto più legalmente applicabile al caso premesso, in quanto che io ho fatto l' ipotesi che il contratto parli in generale d' immissione di travi, d'appoggiare il peso, o d'altra servitù che ha il suo effetto non interrotto, senza che sia stata all'atto medesimo anche conceduta la facoltà di poter col tempo, dopo costrutta la fabbrica, e verificatosi già l' esercizio della servitù, estendere o cambiare la servitù stessa. Lo scopo d'un simile contratto non può tendere evidentemente ad altro se non che il vicino sia autorizzato a collocare il tetto della fabbrica che vuol intraprendere o ad immettere le travi necessarie, in conseguenza anche il grado dell' uso è stato, com' è chiaro, limitato a quella misura che il dominante si approprierà col termine della fabbrica, poichè appunto con ciò si è spiegato diritto soltanto ad un uso condizionato della servitù, p. e. se si fabbrica una casa ad un sol piano, alla immissione delle travi soltanto per questo piano, e non anche per tutti gli altri piani che si potessero erigervi sopra col tratto successivo. Questa opinione viene dimostrata giusta anche dalla circostanza, che presso di noi non si può assolutamente permettere veruna fabbrica di cui non sia stato presentato all'autorità politica il rispettivo disegno, e da essa approvato, previa interpellazione dei vicini (Art. XXV). Se dunque un edificatore pretende dal

suo vicino una servitù, siffatta concessione è stata anche a tale pretesa fabbrica tacitamente limitata, quindi anco legalmente (§ 863).

Ciò è almeno da supporsi, secondo l' ordinario modo d' agire degli uomini, e sarebbe tanto più il caso non essendo da immaginare, che si abbia voluto sottoporsi ad una servitù tanto gravosa al proprio edifizio, senza limitare la misura dell' uso all' opera divisata dal vicino e dimostrata mediante il disegno, e perchè in conseguenza appunto una tale misura deve adottarsi per norma continua. Ma se l'edificatore coll' aver terminata la fabbrica si è imposto un limite da sè medesimo, dee questo limite essere anche considerato a meno che il contratto non dimostrasse diversamente, per quello che fu stabilito di reciproca intelligenza. Sebbene sia evidente la giustezza di queste idee, voglio ancora meglio dimostrarla con alcuni passi di legge ed altri fondati argomenti.

Il § 484, dichiara espressamente, *che le servitù non possono estendersi, ma piuttosto ristringersi, in quanto il comporta la natura ed il fine per cui furono costituite.* Ora siccome od è da considerarsi come subbietto della servitù operativa senza interruzione la casa dominante che già sussiste, o quella ch'è ancor da fabbricarsi, così anche l' uso della servitù dev' essere circoscritto a quella estensione in cui o trovasi già la casa attualmente, od a cui verrà ridotta mediante la nuova fabbrica; ed i futuri cambiamenti possono tantomeno far luogo ad un più esteso diritto, quanto più chiaramente prescrive il § 485, che il

diritto inerente al fondo non può mutarsi per l'aumento di esso. Ripone pure lo stesso § 500 tanta importanza nel primo esercizio del diritto di pascolo, come servitù soggetta ad interruzione (*servitus discontinua*), che in mancanza d'altre norme, si può mandar al pascolo solo tanto bestiame quanto risulta in ragione del numero adequato della mandra che vi pascolò dentro i primi tre anni, di modo che, se nei primi tre anni il numero non fosse stato alterato, questi deve servire di norma immutabile. Con tanta maggiore ragione si può dunque, riguardo alle servitù che continuano il loro effetto (*servitutes continuae*), anzi *si deve* per queste conchiudere, che servir debba continuamente d'unica base quel grado di uso, che dietro la costruzione dell' opera si appalesa come permanente. Per qualsivoglia ampliazione, trasporto, o cambiamento cui si volesse in seguito sottoporre la parte serviente, questa dovrebbe reputarsi lesa, mentre l'apertura di nuovi fori nel muro scuote l'edifizio e qualunque innovazione intrapresa riguardo ad una servitù che ha effetto senza interruzione, diviene gravosa alla parte obbligata. Quindi si dee tralasciarla, ingiungendo la legge alla parte dominante l'obbligo di alleggerire il peso del fondo serviente (§ 491), e di prendere misure tali, che la servitù non divenga più gravosa di quello che richiede il fine della costituzione (§ 484, 490). Il padrone della servitù deve quindi, volendo mettersi in possesso d'una di quelle servitù, anche intraprendere le prime opere, o le pri-

me disposizioni e valutare debitamente il suo interesse; poichè in seguito non avrà più diritto a verun cambiamento, eccetto che gli fosse stata espressamente conferita questa facoltà. Ma ciò che io ho appunto asserito relativamente alle servitù non interrotte può, sotto certo aspetto, reggere anche riguardo ad alcune servitù suscettive d'interruzione. Ho già dimostrato agli art. XCVIII e CVIII che, sebbene l'uso di tali servitù consista nei fatti da intraprendersi di tempo in tempo dal proprietario della servitù, nullameno alcune di esse richiedono, onde possa aver principio l'effetto delle servitù, che venga eseguita qualche opera nel fondo serviente. Come sarebbe, se venendo costituita la servitù del passaggio a piedi o con carro per una campagna, fosse ancora da aprirsi il sentiero o la strada: e in generale poi, se per esercitare qualsivoglia altra servitù, p. e. di attinger acqua, cavar pietre, sabbia, od altro, si avesse ancora a determinarne l'accesso. Ora è bensì vero che in questa specie di servitù competerà del pari al dominante la scelta della parte del fondo soggetto per intraprendervi l'opera, beninteso però nel modo meno gravoso alla parte serviente (§ 484), ed è oltre invero, che, effettuata che sia l'opera, l'uso sopra la medesima potrà, con riguardo allo scopo della costituzione, alternare; ma è anche altrettanto certo, che tal uso sarà limitato alla costrutta opera, quindi non potrà estendersi nè tanto meno trasferirsi sopra qualche altra parte del fondo obbligato. In questo caso hanno luogo, come deve sembrar

evidente ad ognuno, tutti quelli argomenti legali ch'io ho motivati di sopra relativamente alle servitù d'effetto non interrotto, e ciò tanto più, perchè in questo caso il danno cui verrebbe esposta la parte aggravata dalla servitù in causa dell'arbitrario cambiamento dell'opera, è ancor più appariscente che nel primo caso, p. e. se la parte dominante potesse a suo piacere traslocare sopra punti diversi del fondo serviente il sentiero, la strada, o la fossa per condurre l'acqua, ed in conseguenza difficultare così alla parte soggetta o fin'anche renderle vano l'uso della sua propria cosa (§ 501) (*a*).

(*a*) Anche secondo il diritto romano non evvi alcun dubbio, che sì tosto che una servitù ha cominciato il suo esercizio mediante l'intraprendimento d'un'opera, non si può più fare innovazione alcuna. Ecco alcuni dei passi di legge più importanti a questo proposito: *Verum consistit, ut, quae primam viam direxisset, ea demum agere deberet, nec amplius mutandae ejus potestatem haberet; sicuti Sabino quoque videbatur, qui argumento rivi utebatur, quem primo qualibet ducere licuisset; postea quam ductus esset, transferre non liceret; quod et in via servandum esse verum est. L.* 9. *D. de servitutibus. Si totus ager itineri, aut actui servit, dominus in agro nihil facere potest, quo servitus impediatur, quae ita diffusa est, ut omnes glebae serviant. At si iter actusve sine ulla determinatione legatus, modo determinabitur: et qua primum iter determinatum est, ea servitus constitit: ceterae partes agri liberae sunt. L.* 13, § 1. *D. de S. P. R.* Ciò nullameno trovansi dei Civilisti, i quali, non già sulla base di veruna legge, ma appoggiati alla Glosa *ad L.* 14, *D. si serv. vind.*, sostengono, che se il diritto d'immettere le travi fosse costituito in genere, senza determinazione del numero di esse, si possono col tempo introdurre ancor molte travi, e perfino in altre parti del muro. Weitzenegg *diss.* 3, *c.* 4, *n.* 9. Manzius. 2. *q.* 6, *n.*

Io debbo però ribattere due importanti obbiezioni. La prima, è che in tal guisa emergerebbe la fallacia della più volte pronunciata massima, secondo la quale *il diritto della servitù è inerente ad ogni singola parte del fondo obbligato.* Ma la giustezza di questa massima rimane sempre ferma, anzi, riguardo a quelle servitù che, ond'essere esercitato, non abbisognano di veruna predisposizione, come sarebbe riguardo al diritto di pascolo, della caccia, di tagliar legne, perchè questi diritti possono esercitarsi sopra cadaun punto del fondo serviente, ed in ogni tempo; riguardo poi a quelli che divengono attivi in conseguenza d'un'opera da intraprendersi, perchè la parte dominante può realizzare quest'opera sopra ogni punto del fondo soggetto. Ma tosto ch'essa l'abbia intrapresa, non è più

35. Secondo il codice francese svanisce ogni dobbio, esprimendo l'art. DCCII, che il proprietario della servitù non può dal suo canto esercitarla, se non che in conformità del documento di costitozione, nè intraprendere alcuna innovazione sul fondo serviente, o sul dominante, la quale aggravi il peso del primo. Anche il codice prussiano pronuncia in questo particolare qoasi la stessa massima. *Part.* 1, *tit.* 19. Se l'esistenza d'una restrizione, dice al § 15, è chiara, e il modo di essa poi contenzioso sia dobbio, ha luogo la presunzione per quel modo di restrizione, che sia meno oneroso al proprietario; più al § 17, quand'anche sia per sè determinato il modo e la specie del diritto sopra la cosa altrui, qoesto dee, nel dubbio, per quanto lo comportano la sua natura ed il fine chiaramente espresso della sua costitozione, venir limitato in vantaggio del proprietario. Pronuncia finalmente il § 20: Potendosi esercitare il diritto in più modi con ugual effetto pella parte dominante, si dovrà sempre scegliere quel modo che sia al proprietario meno gravoso.

autorizzata ad un gravoso cambiamento, poichè la costruzione dell'opera, limita la facoltà della scelta che gli compete all'esercizio positivo già cominciato, ed è in dovere di alleggerire il peso del fondo serviente § 490, 491. La seconda, e in apparenza assai più notabile obbiezione potrebbe desumersi dal § 1482, ove leggesi: *Nell'eguale maniera il diritto che alcuno ha potuto esercitare o sull'intero fondo altrui, od in diversi modi a piacimento, non viene a limitarsi per ciò solo, che per qualsivoglia lungo tempo sia stato esercitato in una parte soltanto del fondo, o in certo modo soltanto, ma siffatta limitazione non può stabilirsi che coll'acquisto o coll'usucapione del diritto che si vuol impedire, o proibire.* Ma volgendo lo sguardo alle sviluppate idee, la risposta viene da sè medesima; poichè, come si è dimostrato, il diritto sopra tutti i singoli punti del fondo serviente, resta riservato, nel premesso caso, solo riguardo a quelle servitù, le quali, onde possa aver principio l'uso delle medesime, non richiedono già una fabbrica od una predisposizione da intraprendersi nel fondo serviente: nel caso opposto invece l'esercizio viene limitato a quei punti, entro i quali trovasi l'opera. Non si può quindi asserire nemmeno per queste specie di servitù, che siano diritti tali esercitabili sopra qualunque parte del fondo obbligato, o in maniere diverse a piacimento. Sarebbe soltanto una eccezione valida, qualora fosse stata espressamente conceduta la facoltà di poter comunque variare quelle opere.

Art. CLIV. Non v'ha dubbio che si possono sostituire delle nuove travi alle vecchie infracidite (*a*), ritenuto però, che non se ne introduca maggior numero, e di più forti, e in conseguenza non venga aumentato il primitivo peso (§ 491); imperciocchè le servitù hanno la proprietà, che siccome vengono costituite pel più vantaggioso e più comodo uso del fondo dominante sopra un altro fondo (§ 473). e queste cause durano di continuo, appunto per ciò la durata delle servitù dipende dalla durata dei fondi, cosicchè non possono cessare, se non quando periscano i fondi medesimi (§ 525 Art. LXV, LXXXIII): quindi fin tanto che sussistono amendue i fondi, compete eziandio il diritto al continuo esercizio della servitù, il quale, nei casi dell'immissione delle travi, non è altrimenti supponibile se non quando, in luogo delle travi putrefatte, se ne introducano delle altre. Nè qui si può assolutamente temere che venga imputata una innovazione; poichè il giureconsulto risguarda per qualche cosa di nuovo ciò che s'intraprende eccedendo l' assegnata sfera dei

(*c*) Questo quesito fu sempre oggetto di quistione fra i Civilisti. Il dubbio più forte procede dalla L. 14, *D. si serv. vind.* ov' è detto: *si, cum meus proprius esset paries, passus sim te immittere tigna, quae antea habueris, si nova velis immittere, prohiberi a me poteris, imo etiam agere tecum potero, ea, ut quae nova immiseris, tollas.* Per lungo tempo non si è potuto unirsi sul vero senso di questa legge, nè si può realmente comprender bene come alcuni de' più rinomati giureconsulti abbiano potuto ricorrere ad interpetrazioni le più scipite.

diritti; in tutti gli altri casi si attiene alla regola: *surrogatum sapit naturam ejus, in cujus locum surrogatur*. Volendosi adottare un'altra massima, la maggior parte delle servitù sarebbe di ben poca durata, poichè, sulla terra tutto è soggetto ad essere dal tempo consumato. Così p. e. il diritto di passaggio a piedi dovrebb'essere limitato agli uomini attualmente viventi, e nel caso di costituzione della servitù del diritto di pascolo, non si potrebbe, in luogo del bestiame già macellato, mandarne al pascolo dell'altro. Le travi della primiera forma, e della stessa dimensione non possono dunque in lingua giuridica chiamarsi travi *nuove*, come non si può tampoco dare il nome di nuovo edifizio, se caduto essendo quello che esisteva, se ne avesse fabbricato un altro in suo luogo (Art. LXXXV).

Art. CLV. Che poi dar si possano dei casi nei quali non è permesso sostituire altre travi a quelle già immesse, è cosa edivente. Casi di questa specie sarebbero: se fosse stato così pattuito, oppure se l'immissione delle travi fosse stata conceduta, non per causa perpetua, ma per una temporaria, quindi transitoria; p. e. onde potere, avendo intenzione di costruire una fabbrica, erigere sopra le travi un ponte o un'armatura, nel qual caso si ponno bensì, durante la costruzione, introdurne di nuove, in luogo delle travi guastatesi, le quali però terminata la fabbrica devono estrarsi di nuovo.

In tal caso è pienamente applicabile la seguente regola attinta alla filosofia del diritto: una causa limi-

tata porta seco effetti limitati; sussistendo, o cessando la causa, sussiste, o cessa l'effetto (*Limitata causa, limitatum producit effectum; manente vel cessante causa, manet vel cessat effectus*).

Art. CLVI. Cosa sarebbe di ragione se un vicino domandasse all' altro la facoltà di poter introdurre delle travi, ed il primo avesse la mira di acquistare così un diritto perpetuo, quindi una servitù, mentre l'altro viceversa fosse d' opinione ch' egli voglia collocare le travi solo per una causa transitoria, p. e. onde costruirvi sopra dei ponti necessarj per alzare una fabbrica; potrà forse il primo sostenere d'aver acquistato un diritto perpetuo, vale a dire la servitù dell' immissione delle travi?

La quistione dovrebbe, di regola, sciogliersi negativamente, poichè siccome gli obblighi non si presumono, ma debbono provarsi; e siccome inoltre appunto perciò milita per ogni fondo la presunzione della libertà (§§ 17, 324, 374), ed in conseguenza che sia anche libero da qualunque peso, così, nel dubbio se sia stata o no costituita una servitù, deesi anche sempre ritenere quest' ultimo; (a) e tale è qui tanto più il caso, poichè *nei contratti unilaterali si suppone, in dubbio, che la persona obbligata abbia voluto caricarsi piuttosto del peso minore, che del maggiore, e nei bilaterali d' espressioni ambigue s' interpretano*

(a) *In obscuris inspici solet, quod verisimilius est, aut quod plerumque fieri solet L. 114. D. de R. J.*

sempre contro di quello che ne fece uso, (§ 915) ch'è manifestamente quegli, il quale qui afferma d'aver da quella promessa acquistato un diritto perpetuo. Quest'asserzione dà tuttavia campo a molte eccezioni, le quali però in complesso non sono chè illazioni dedotte dalla massima contenuta nel § 863, del tenore seguente: *si può dichiarare la volontà non solo espressamente con parole e con segni universalmente ricevuti, ma tacitamente ancora con atti tali, che, ponderate tutte le circostanze, non lasciano luogo ad alcun fondato motivo di dubbio.*

Queste eccezioni sono:

A. Qualora colui che accordò l'immissione delle travi, avesse dovuto vedere ch'essa non poteva servire ad uso di ponte da fabbrica, ma procurare un vantaggio venendo supposta soltanto qual diritto perpetuo:

B. Se accorgendosi che le travi venivano collocate colla mira che rimanessero costantemente nella sua muraglia, non fosse ricorso ai rimedj legali che sono a sua disposizione per far cessare la fabbrica (§ 340), ma avesse taciuto.

C. Quando per l'accordata concessione gli fosse stato corrisposto un prezzo tale da potersi perciò considerare pienamente indennizzato pel diritto di servitù; non potendosi supporre che l'altro, pella semplice cortesia d'una temporanea immissione, avrebbe sborsato un importo del tutto sproporzionato al valore di essa, cosicchè avrebbe quindi dovuto avvedersi a che tendesse l'intenzione dell'edificatore ovvero:

D. Se nell'atto di costituzione si avesse usato l'espressione *servitù*, essendo l'immissione delle travi una servitù prediale (§ 475), e come tale, dipendente pel suo carattere ordinario, riguardo alla cessazione, soltanto dalla circostanza che perisca o il fondo dominante come suo subbietto, o il fondo serviente come suo obbietto (Art. LXV, LXXXII). *Però simili eccezioni dall'indole delle servitù non si presumono, ma debbono provarsi da chi le pretende* (§ 479).

Ciò dicasi

E. Pella stessa ragione anche quando il vicino, stante il compimento della fabbrica, trovasi ormai effettivamente, ancorchè per qualsivoglia breve periodo, in possesso della servitù, militando a favor del possessore la legale presunzione d'un valido titolo, per cui non può ne anche essere provocato a produrlo (§ 323) (*b*). Da queste discussioni emerge chiaramente,

(*b*) Si può al certo stabilire per regola generale, che se vengono accordati dei diritti, che sogliensi pel loro ordinario carattere o congiungere col possesso d'un fondo, o circoscrivere alla persona dell'acquirente (§§ 473, 478), o conferire come trasmissibili (§ 918), non possa assolutamente supporsi una concessione precaria (*praecarium*), ma debbasi ritenere, nel primo caso, un diritto dipendente dalla durata del fondo, nel secondo un diritto dipendenta dalla vita dell'acquirente, e nel terzo caso un diritto che mai cessa, poichè le eccezioni dalle qualità naturali d'una cosa non debbonsi supporre (§ 479), essendo l'intenzione dei contraenti sempre diretta a quelle qualità, e vengono perciò da loro anche tacitamente convenute (§ 923). In piena armonia con questo principio è anche il decreto aulico, 17 ottobre 1796, secondo il § 5 del quale, nel

che quegli il quale accorda la facoltà d'immettere le travi o in generale qualsivoglia servitù non dee omettere di erigere un contratto per iscritto, quale cautela necessaria, giacchè diversamente la servitù acquisterebbe per sua natura una latitudine forse contraria alla sua intenzione.

Art. CLVII. Ma sussiste forse una vera diversità fra la servitù d'appoggiare il peso (*oneris ferendi*) e dell' immissione delle travi? Parerebbe di no; poichè anco nel caso di quest'ultima, s' immettono le travi colla vista che portino un peso come p. e., un andito, e insieme perfino anche un tetto; onde la seconda non riesce meno gravosa della prima. Tuttavia, secondo la filosofia del diritto, e appunto perciò anche secondo il nostro codice, il quale nulla decide su questa tesi, sussiste una essenziale differenza fra le due servitù; poichè s'io concedo al vicino, che sia intenzionato di fabbricare accosto a mio muro una casa, la facoltà senza limiti d'introdurvi le sue travi, egli ha perciò acquistato il diritto d' immettere tutte le travi che richiede cadaun piano, come pure il tetto; ma se gli ho conceduto soltanto la facoltà d' appoggiare il peso, allora egli non ottenne se non che il diritto di collocare il tetto sopra il muro di mia ragione, ovvero sopra le travi introdotte nella superficie di esso. Da ciò

caso che un benefiziato si trovi in possesso d'una decima, di un servizio in natura, od altre prestazioni e diritti, e quegli il quale ha effettuata fin ora la prestazione dichiarasse precaria la percezione di questi vantaggi, gli imcombe anche l'obbligo di provare il suo assunto.

risulta essere un manifesto errore l' opinione della più parte dei civilisti, che l' anzidetta servitù sia più gravosa di quella della immissione delle travi; essendo bensì incontrastabile, che il sostenere il peso dell'edifizio vicino è una delle servitù più onerose che si possono addossarsi; ma è falso che l'immissione delle travi sia sempre meno gravosa, poichè convien distinguere a qual uopo venga costituita. Se tende soltanto a poter collocare sulle travi un andito o corridojo, o un semplice tavolato a riparo dell' intemperie, certamente ch' è meno gravosa, ma lo è ben assai più, che non quella d' appoggiare il peso, quando venga conferita al vicino in generale riguardo alla casa che vuol costruire, per cui egli è non solo autorizzato ad introdurre quelle travi che portar debbono il peso del tetto, ma ben anche tutti i piani (*a*). Ma regna forse

(*a*) Gli antichi romani nudrivano al certo questa opinione, come lo dimostra la *L.* 8, § *1. D. si serv. vind.* la quale si esprime con questa parole: *competit mihi actio adversus eum, qui cessit mihi talem servitutem, (tigni immittendi) ut in parietem ejus tigna immittere mihi liceat, supraque ea tigna porticum ambulatoriam facere, superque eum parietem columnas structiles imponere quae tectum porticus ambulatoriae sustineant* È quasichè certo, che se l'immissione delle travi tendeva nell' istesso tempo a far portare al muro il peso dell' edifizio, fra questa servitù e quella d' appoggiare il peso non eravi alcun' altra differenza, se non che in forza della seconda il padrone del fondo serviente poteva venir costretto, contro l' ordinario carattere di una servitù, a conservare il muro in buono stato; mentre Paolo non indica nella *L.* 8, § 2, *si S. vind.*, verun' altra diversità fra le due servitù, che quella menovata. Quest' obbligo è stato una questione fra i romani giureconsulti Gallo e Ser-

presso di noi, come presso i Romani, quella differenza fra le due menzionate servitù, che nella servitù della immissione delle travi sia la parte dominante obbligata a mantenere in buono stato il muro, in quella d'appoggiare il peso all'opposto la parte serviente? No certo. Noi non abbiamo veruna legge che la stabilisca, e in con-

vio, (*L.* 6, § 2, *D. si S. vind.*), e lo è anche oggigiorno fra i civilisti. Tuttavia la spiegazione di ciò è da rinvenirsi soltanto nel diritto delle formole dei Romani; poichè da principio le formole erano, forse contro l'intenzione degl' inventori di esse, prive di significato, ma però modi di dire essenzialmente necessarii per la validità degli affari legali; a misura poi che la filosofia del diritto andò pian piano sviluppandosi, si volle scoprirvi un senso più sostanziale accompagnato da effetti legali. Io ritengo di poter dimostrare quest' asserzione in modo convincente all' appoggio delle dottrine contenute nel codice di Giustiniano relative alle servitù; mentre, che la formola ch'era in pratica onde validamente costituire una servitù, sia stata del seguente tenore, *uti nunc est, ita sit*, lo provano le *L.* 17 *D. de S. P. U.*, e la *L.* 33, *de contrah. emp.*, e Cicerone *de orat.* 1. 39. Ora se si esamina il motivo per cui, sussistendo la servitù d'appoggiare il peso, incombesse al padrone del fondo serviente di conservare il muro, rilevasi che consisteva soltanto nella circostanza che il proprietario del fondo serviente, coll' avere assunto l'obbligo *paries, uti nunc est, ita sit*; vale a dire: *che il muro serviente rimanga sempre lo stesso*, si addossò contemporaneamente anche il carico di mantenerlo, poichè diversamente non sarebbe rimasto il medesimo. La prova di quest' asserzione apparisce incontrastabilmente dalla *L.* 33, *D. de S. P. U.*, dove viene indicato il motivo di quell'obbligo con queste parole: *nam cum in lege aedium ita scriptum esset, paries oneris ferundo, uti nunc est, ita sit, satis aperte significari, in perpetuum parietem esse debere.* È dunque falso che nella *L.* 6, § 2, *si serv. vind.*, sia insorta fra i giureconsulti la quistione sulla tesi: Se la parte serviente

seguenza questo problema è da negarsi. Ciò sussiste tanto maggiormente in quanto che il § 482 fissa la regola generale che *tutte le servitù si accordano in ciò, che di regola il possessore del fondo serviente non è in obbligo di fare alcuna cosa, ma soltanto di permettere ad un altro l'esercizio di un diritto*, *o di a-*

abbia da incaricarsi per natura della servitù della riparazione del muro serviente, poichè i giureconsulti erano fra loro già da gran tempo d'accordo sulla massima che la parte serviente non fosse tenuta a prestazione veruna, mentre essi consideravano per obbligato, non già la persona del possessore, ma soltanto il fondo medesimo. La questione rifletteva piuttosto il quesito: se quell'obbligo potesse venir, mediante contratto, trasferito alla parte soggetta, come si può chiaramente desumere da quella legge, mentre vi è detto fra le altre cose: *Et Gallus putat, non posse ita servitutem imponi*, inoltre, *ut reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est*. Non mi aspetto già l' obbiezione, che v'abbia l' apparenza che i Romani avessero desunta quella capacità di riparazione dalla natura della servitù d'appoggiare il peso pella ragione che quella formola: *uti nunc est*, *ita*, era usata nella costizione di tutte le servitù, e ciò nulla meno non veniva addossata alla parte soggetta, relativamente alle altre servitù, la riparazione della cosa serviente. Dipendeva dunque in questo particolare, certamente soltanto dalle altre parole, che accompagnavano quella formola. Era detto p. e., nella servitù d'appoggiare il peso, *paries, uti nunc est, ita sit*; all'opposto riguardo allo stillicidio dicevasi: *stillicidia uti nunc sunt, ita sint*; (*L.* 17, § 3, *de S. P. U.*) e riguardo alla immissione delle travi dicevasi probabilmente *tigna*, *uti nunc sunt*, *ita sint*. Ora cade poi sott'occhio, che quella formola, soltanto nel primo caso, si riferisce alla cosa serviente, e negli altri invece alle opere costruite dalla parte dominante, in conseguenza che, anco giusta il senso letterale, poteva soltanto in quel caso incombere alle parte soggetta la manutenzione della cosa serviente.

stenersi da ciò che altrimenti, come proprietario, potrebbe fare. Anzi i §§ 483 e 487 trasfondono l'obbligo della conservazione della cosa serviente del tutto nella parte dominante, eccetto il solo caso che ne venga fatto uso anche dalla parte serviente, la quale in tal caso deve concorrere alla spesa soltanto in proporzione. Ma i Romani stessi hanno desunto l' obbligo della conservazione del muro, nel caso di costituita servitù di appoggiare il peso, non già della qualità naturale di questa servitù, ma solo dalla formola sotto cui veniva quella costituita, conseguentemente soltanto dal tenore del contratto, e siccome è presso di noi egualmente permesso il conchiudere un tal contratto, poichè la disposizione del § 482 è accompagnata dall' espressione, *di regola*, così non regna sotto questo aspetto, preso a rigore, veruna differenza fra il diritto romano ed austriaco. E qui mi si conceda ancora discutere un problema di diritto che sta in istretto rapporto col precedente, cioè se possa sussistere una servitù nella quale la parte soggetta si accolla una prestazione. Per rispondere adequatamente a questo quesito, è mestieri renderci prima più famigliari le idee dei giuristi romani. Che presso i romani non potesse, *di regola*, sussistere una servitù nella personale prestazione del padrone del fondo serviente, è chiaramente pronunciato da varie leggi (*b*). Io dico, di regola, poichè la succitata *L.*

(*b*) *Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti ut viridaria tollat, aut amoeniorem prospectum praestet,*

6. § 2. *si serv. vind* (c) ammetteva, come è dimostrato, un'eccezione nel caso, che colla costituzione della servitù di appoggiare il peso, fosse stato addossato al proprietario del fondo serviente l' obbligo di aver cura della conservazione e riparazione del muro. Qui dunque convien ponderare due cose; in primo luogo se sia da spiegarsi rigorosamente l' applicazione di questa legge, e in conseguenza da limitarsi soltanto all'appoggiare il peso, e da non estendersi quindi a verun' altra servitù; secondariamente, se potendo venire estesa, sia stata perciò soppressa la massima: *che non può sussistere una servitù* in faciendo.

Io credo dover negare tutte due queste proposizioni, ed anzi la prima, pella ragione che quella legge nulla contiene d' onde si possa dedurre che la sua applicazione debba circoscriversi alla servitù di appoggiare il peso, risultando dal suo tenore manifestamente

aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur, aut non faciat. L. 15, § 1, *D. de serv. Et Gallus putat non posse ita servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur, sed ne me facere prohiberet L.* 6, § 2, *si serv. vind.*

(c) Questa legge si esprime in questi termini: *etiam de servitute quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit: ut et onera ferat, et aedificiat reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est: et Gallus putat, non posse ita servitutem imponi, ut quis facere quid cogeretur, sed ne me facere prohiberet, nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet qui sibi servitutem asserit, non ad eum cujus res servit. Sed evaluit sententia in proposita specie, ut possit quis defendere, jus sibi esse, cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda.*

il contrario. La base della sua decisione è fondata, come si è dimostrato nella nota *a*, esclusivamente nella circostanza che l'assunzione dell' obbligo nasce dalle parole usate nel presupposto contratto; venendo quindi assunto anche in altre servitù un simil carico, si godrà della stessa protezione. Credo di poter negare parimente la seconda tesi, perchè dal complessivo tenore di quella legge emerge chiaro, che non si ebbe la mira d'abrogare quella massima, ma soltanto d'ammettere una eccezione da essa, solo però riguardo al proposto caso, come si può bastantemento inferirlo dalle parole *in proposita specie*. Risulta dunque da questa legge soltanto, essere permesso di conchiudere il contratto in modo che la parte serviente, venendo costituita la servitù d'appoggiare il peso, debba essere obbligata a mantenere il muro in buono stato. Or dunque potendo questa disposizione, com'io dimostrai, venir estesa anche ad altre servitù (ben inteso però soltanto in identici casi), non ci si presenta verun altro risultato, se non che è in generale permesso nella costituzione di qualsiasi servitù, il concertare che la parte obbligata assuma eziandio il carico di riparare e mantenere la cosa serviente in buono stato. In tutti gli altri casi rimane ferma la regola: *servitus in faciendo consistere non potest.*

Ora ne viene, che si può ancor sempre, senza derogar punto alla piena validità della citata 6.ª legge, asserire con ragione che una servitù verrebbe costituita senza effetto, qualora non fosse possibile ottenere il

vantaggio in origine divisato, altrimenti che a condizione che il padrone del fondo dominante avesse da intraprendere qualche cosa, quindi da realizzare l'opera da cui dee derivare il vantaggio. E qui appartengono p. e. le servitù dichiarate nella nota *b*, in forza della *L.* 15, § 1, *de serv.*, per prive d'effetto, in grazia delle quali il vicino dovesse essere obbligato a piantare un giardino delizioso, un viale frondeggiante, a procurare un ameno prospetto, od a dipingere la sua parete. Viceversa secondo la surriferita 6 legge, § 2, *si serv. vind.*, è incontrastabile, che la servitù sarà validamente costituita, qualora il proprietario aggravato dalla medesima, assuma soltanto la conservazione e riparazione della cosa serviente, sia che questa abbia ricevuta la sua esistenza o dalla natura, come sarebbe un rivo, oppur anche dalla mano degli uomini, come sarebbe un edifizio. Il senso della regola che le servitù non possono consistere *in faciendo*, è dunque solamente questo, che la possibilità dell'origine della servitù può dipendere dalla naturale qualità del fondo serviente, ma non già da un fatto per parte del proprietario aggravato dal diritto di servitù; che del resto sussistendo questa possibilità, può addossarsi alla parte serviente l'obbligo di mantenere la cosa in buono stato. Il motivo della differenza è, perchè nel caso in cui offre il vantaggio la qualità naturale del fondo, serve il fondo stesso (*d*);

(*d*) Quantunque l'esercizio d'una servitù presupponga un opera attivata dalla mano umana, tostochè però sia essa costrutta, viene

nel caso all' opposto in cui la qualità del fondo necessaria ond' esercitare la servitù, dev' essere ancor l' opera della mano d' uomini riguardo all' origine della servitù, verrebbe a servire più il possessore che non il fondo; la qual cosa non è compatibile con una servitù prediale, imperocchè ad un fondo, come oggetto inanimato, competono soltanto qualità negative, e in conseguenza anche l' oggetto d' una servitù non può consistere nel fare, *in faciendo*, ma semplicemente o nella tolleranza, o nell' omissione. Ma quando v' abbia realmente la necessaria qualità del fondo, e si tratti soltanto che la parte soggetta assuma la conservazione della cosa serviente, la quale a lui sarebbe già spettata anche nel caso che non fosse stata costituita veruna servitù, anche i Romani non avranno negato la sussistenza di una tale convenzione, poichè il contratto principale sta in armonia coll' oggetto delle servitù, nè trattasi conseguentemente che d' un mero contratto accessorio, il quale dee modificare il primo (e). Se dunque non si poteva costituire validamente alcuna servitù, la di cui origine richiedesse un' opera da costruirsi e da intraprendersi

parificata agli altri oggetti partoriti dalla rozza natura; poichè la qualità che ne deriva, ed i suoi effetti, sono ugualmente un efflusso dell'invariabile legge di natura. Con ragione si può dunque sostenere, che s'io diedi al mio tetto una direzione obliqua verso la corte del vicino, lo scolo dell' acqua piovana succede naturalmente, e che, se mi vien concesso l'acquidotto da un' acqua viva, il corso dell'acqua ha luogo naturalmente per mezzo del collocato canale.

(e) Vedi i saggi di Thibauts, P. I, sez. 2, pag. 30.

dal padrone del fondo dominante, è facile il ravvisare, che presso i Romani, potevano tanto meno vestire il carattere d' una servitù prediale, quei diritti che consistevano nella pretesa a certi lavori a titolo di servitù, o ad annue prestazioni, sia in danaro, o in generi. Era or dunque senza effetto un contratto in forza del quale un proprietario di fondo conveniva con un altro, che questi dovesse prima procurare la possibilità dell'esercizio d'una servitù mediante un'opera, o si sottoponesse a certe annue perpetue prestazioni prediali? Il quesito non può sciogliersi, se non che distinguendo: la convenzione era assolutamente valida come obbligo (*obligatio*), ma come servitù non poteva però sussistere; vale a dire, da una tale convenzione poteva nascere, come da qualunque altro contratto, soltanto un diritto personale (*jus ad rem*) ma non mai un diritto reale (*jus in re*); quindi veniva così fondato un diritto solamente per la parte accettante e pei suoi successori universali; (*successores universales*), ed un obbligo soltanto per la parte promettente e pei suoi successori universali, e ciò appunto secondo la regola: *acquirimus non tantum nobis, sed etiam haeredibus nostris*; *obligamus non tantum nos , sed etiam haeredes nostros.* All' opposto nè l' obbligo potevano passare ai successori singolari (*successores singulare*) poichè siccome i contratti si effettuano soltanto mediante bilaterale consenso, così non può da essi risultare alcun diritto a favore d'un terzo e nè meno un terzo può venir sottoposto ad un obbligo (*f*).

(*f*) *L.* 11. *D. de oblig. et act. L.* 38, § 17. *D. de verb. oblig.*

Sarebbe dunque stato inutile anche il contratto per cui diritto ed obbligo fossero inerenti ai fondi e dovessero conseguentemente passare ai singoli successori; mentre, siccome mediante la semplice volontà non si può convertire un *jus ad rem* in un *jus in re*, così neppur il diritto e l' obbligo potrebbero per ciò ottenere alcuna qualità reale, per cui si opporrebbe ancor sempre ai singoli successori la regola giuridica: *alteri per alterum nulla aquiritur obligatio et actio*. Volendone quindi conseguire il trapasso nei singoli successori, anche in tal caso rimarranno soltanto quei mezzi, che debbonsi comunemente adottare quando si vuol trasferire un diritto od un obbligo ad una terza persona, vale a dire, la parte dominante dovrebbe, nel caso d' alienazione del fondo, cedere espressamente il suo diritto al singolo successore, e la parte serviente volendo vendere il proprio fondo, dovrebbe stabilire col singolo successore il patto espresso, ch'egli assume quell' obbligo (*g*).

(*g*) Thibaut, nel suo saggio sopra le singole parti della teoria opina veramente nel lib. 1, pag. 37, che quegli che assume il fondo debba contemporaneamente stipolare il contratto colla parte dominante. Ciò non dovrebbe tuttavia essere necessario, imperciocchè, secondo il diritto romano, la stipulazione era legalmente valida, se facevasi promettere qualche cosa in favore d' un terzo, qualora vi fosse stato un interesse manifesto per parte dell' accettante. *L.* 118, *L.* 38, § 20, *D. de V. O.* § 19. *I. de inutil. stip. L.* 3. *C. eod.* Ora deve assolutamente importare al venditore del fondo che per parte dell' acquirente del fondo venga puntualmente adempito l'obbligo che gl'incumbe onde non andar soggetto al dovere della evizione.

Se ciò succede, egli sarà obbligato, ma in virtù del contratto, e non in forza di un diritto reale di servitù inerente al suo fondo. Ma per qual ragione i Romani facevano passare le servitù che consistevano soltanto in una tolleranza od omissione, a cadauno, seguentemente ad ogni singolo successore; e per qual ragione all'opposto hanno essi circoscritto alle persone dei contraenti i diritti, in forza dei quali pretendevansi delle prestazioni, mentre l'origine del diritto e dell'obbligo è pure in amendue i casi un contratto? Il motivo della distinzione è facile da trovarsi, e consiste nella differenza d' un diritto reale da un diritto personale. Se trattasi cioè d' una servitù prediale regolare, è manifesto ch' essa è inerente al fondo soggetto medesimo. Ciò emerge dalla idea giustamente concepita della proprietà, poichè ognuno è in facoltà di disporre della cosa sua, quindi anche del suo fondo tutto o in parte, e in conseguenza di rinunziare in favore di un terzo qualunque diritto che gli compete su quello radicato, di cedere ad altri l'esercizio del diritto di proprietà, o di prometterne l'omissione. Or dunque non potendo alcun successore acquistare verun diritto sopra le parti staccate dall'alienata proprietà, così egli dee anche assoggettarsi di buon grado alla sussistenza della costituitavi servitù; anzi egli non può nè anco asserire che gli viene addossato un obbligo, non avendo egli già da prestar cosa alcuna; ma può bensì dire ch' egli assume in sua proprietà meno di quanto avrebbe acquistato se non fosse stata

costituita la servitù (*h*). Ma tutt'altra veduta apresi all'occhio indagatore, se dirigiamo lo sguardo ai contratti che hanno per oggetto delle prestazioni. Qui ci si affaccia soltanto un diritto personale, ed un obbligo personale ad esso corrispondente; mancando tuttociò che potrebbe giustificare l'illazione che il diritto o l'obbligo dovrebbe esser inerente al fondo stesso; poichè in un tal caso non trattasi già della parziale alienazione d'un diritto di proprietà inerente al fondo, ma com'è chiaro, soltanto d'un aumento di proprietà, per cui possono venir autorizzati ed obbligati semplicemente quelli che hanno conchiuso il contratto (*i*). E in ciò appunto consiste il motivo pel quale i Romani sostenevano, fin anche nel caso che fosse stato convenuto espressamente che il diritto o l'obbligo dovesse inerire al fondo stesso, che ciò malgrado non si poteva sopra di esso fondarlo; mentre come potrebbe alcuno venir autorizzato od obbligato dai futuri singoli successori, se questi non hanno nè fatta nè accettata la promessa. Dopo idee così lampanti niuno potrà ancor non essere convinto, che la regola: *Le*

(*h*) Secondo questa opinione neppure l'eccezione desunta dalla *L.* 6, § 2, *D. si serv. vind.*, in forza di cui la parte obbligata assunse la conservazione della cosa serviente, dovrebbe passare ai singoli successori; ma la stessa legge al § 3 dichiara per reale l'azione diretta alla riparazione della cosa, quindi può essere fatta valere verso cadaun singolo successore.

(*i*) *L.* 81, § 1, *D. de contrah. emtione L.* 38, *D. de V. O.* § 3, *J. de inutil. stip.*

servitù non possono consistere in faciendo, non ebbe già origine da una qualità tutta propria delle servitù, ma puramente dalla ben concepita idea della proprietà e degli obblighi.

Ma cosa dispongono in questo particolare le leggi austriache? Si è già dimostrato che le servitù possono consistere *in faciendo*; e ricercasi ora soltanto se nel caso che sia convenuta qualche prestazione, venga perciò distrutta l' idea d' una servitù. Qui conviene coi civilisti distinguere. Dipende dal vedere: quali effetti debba produrre la prestazione. Se il limite de' suoi divisati effetti è semplicemente circoscritto alla circostanza che questi ch' è obbligato alla servitù assuma eziandio il carico della conservazione della cosa serviente, sussiste ancor sempre una vera sebben irregolare servitù. Ella regge benissimo per la ragione che la semplice qualità naturale del fondo offre da se medesima quel vantaggio che si ha di mira, senza pretendere un fatto dalla parte serviente, tranne il raro caso di qualche eventuale arrenamento. L'idea però di una istituzione legale può bensì distruggersi allorquando subentrino dei cambiamenti riguardo a disposizioni tali che siano da ritenersi come perenni nella istituzione medesima, ma non già quando essi concernano avvenimenti puramente accidentali e che forse rinnovansi soltanto in epoche le più remote. Irregolare e nulla meno da chiamarsi una simile servitù, perchè quell' avvenimento, sebbene casuale, non viene giudicato già secondo la regola inferita

dall' indole della servitù, che, *siccome in esse serve un fondo, quindi una cosa inanimata, si possono anche pretendere soltanto delle omissioni o tolleranze, ma non degl' incomodi o delle prestazioni.* Se all'opposto si avesse a far nascere la possibilità di conseguire il divisato vantaggio, solo mediante la pattuita prestazione, o che il vantaggio dovesse consistere perfino nel diritto a prestazioni di servigj od altre qualunque siano, verrebbe così anche distrutta l'indole d'una servitù prediale, subentrando in luogo suo soltanto una personale obbligazione, che dal nostro legislatore viene però apertamente esclusa dal novero delle servitù. Mentre, siccome l'indole caratteristica delle servitù è stata nel § 472 qualificata consistere soltanto nel tollerare o nel non fare qualche cosa; e siccome inoltre fra le varie servitù contemplate ai §§ 475-478 neppur una ve n'è indicata, in cui dovesse procurarsi il divisato vantaggio mediante fatti da canto della parte serviente: il § 482 dice bensì: *le servitù in ciò tutte si accordano, che di regola il possessore del fondo non è in obbligo di fare alcuna cosa*, dal che si può bene assolutamente dedurre, essere permesso il dare alle servitù un'altra destinazione, ma ciò potrebbe reggere soltanto riguardo ad una destinazione tale che non risguardasse la possibilità dell' esercizio stesso, ma solamente la sua durata, vale a dire rispetto alle spese di conservazione, poichè il § parla *d' una cosa serviente*, così la prestazione dee eziandio concernere qualche cosa

di simile, laddove apparisca ancor sempre come serviente la cosa, e non la sola persona. Questa opinione sarà garantita da qualunque obbiezione, quando si ponderi giusta quali massime il nostro legislatore giudica in altri passi di legge i diritti che hanno per oggetto fatti od annue prestazioni. Egli non li annovera assolutamente, del pari che le servitù, (§§ 303-472) ai diritti reali, ma espressamente ai diritti personali sulle cose (§§ 859, 861, 921 e 1173); questi ottengono bensì diritto di pegno mediante l'inscrizione nei pubblici libri, quindi al tempo stesso anche un diritto reale, ma ciò malgrado sussiste ancor sempre nella sua efficacia il diritto personale come principale diritto; (§§ 466-299) ora vale anche presso di noi la regola romana, che gli anzidetti diritti non passino nè attivamente nè passivamente ad un singolo successore? (*successorem singularem*) No, ma tostochè il contratto sia inscritto nei pubblici registri a carico del fondo serviente, quei diritti vengono ad essere radicati sul fondo istesso, e trapassano in conseguenza con un tal onere a cadaun successore; poichè il § 443 dice chiaramente: *colla proprietà delle cose immobili si assumono anche i pesi ad esse inerenti inscritti nei libri pubblici.* Il nostro legislatore poteva scostarsi dal rigore del diritto romano con tanta meno apprensione, in quanto che esistendo presso di noi i libri pubblici, niuno che assume una cosa immobile può venir ingannato con insoliti pesi inerenti alla cosa, dovendo egli ascrivere a sè mede-

simo, se non ha ispezionato i libri, (§ 443) per lo che, di regola, chi dà non è responsabile di evizione verso chi riceve, nè anche per quei pesi che avesse sottaciuti (§ 928). Per tal modo sembrerebbe dunque che si trattasse propriamente solo del nome di quei diritti, vale a dire se sarebbero da chiamarsi col nome di una servitù, d'una rendita o di una prestazione di servizio, ma non già di prescrizioni legali combinate con effetti particolari, imperocchè, se cotesti diritti sono, ugualmente che le servitù prediali, inerenti al fondo stesso, e passano quindi a tutti i successori, pare altresì che svanisca per ciò ogni differenza tra le servitù e quei diritti. Questo però sarebbe un manifesto errore, mentre, siccome una servitù è un diritto reale, ed all'opposto gli altri mentovati diritti rimangono diritti personali, questa circostanza dee già condurci a differenze essenziali. Chi p. e. non fa uso d'una servitù per lo spazio di tre anni, non viene per questo a perderla (§ 1479.), ma chi non esige entro anni tre gli annui tributi (ancorchè inscritti nei pubblici registri) gl'interessi, le rendite e le opere prestate, perde il diritto agli arretrati, ma il diritto medesimo si prescrive soltanto col non uso di trent'anni; (§ 1480) il diritto della servitù viene inoltre ad essere prescritto col non uso qualora la parte obbligata si opponga all'esercizio della servitù, e la parte dominante non faccia valere il suo diritto nel periodo di tre anni consecutivi (§ 1488); viceversa in un tal caso si prescrive il di-

ritto alle rendite, alle prestazioni e simili, soltanto nel caso di anni trenta (§§ 1479-1480.) Le servitù che nascono mediante una fabbrica, godono del diritto reale, quand'anche non se lo avesse conseguito mediante l'iscrizione di esso nei pubblici libri (art. CLXI); ma i diritti personali possono acquistare l'accessorio diritto di pegno colla inserzione nei pubblici libri. Se poi si ha riguardo a quelle prestazioni, le quali stante il vincolo di sudditanza competono alle signorie verso dei loro sudditi, hanno vigore le leggi politiche le quali stabiliscono in parte disposizioni da queste affatto divergenti (*k*).

Art. CLVIII. Molti importanti quesiti che si potrebbero proporre intorno all' immissione delle travi possono sciogliersi abbastanza all'appoggio dei principii enunziati nei precedenti articoli. Io voglio però ancor occuparmi di due soli di essi, cioè primo: come si acquisti il diritto reale dell' immissioni delle travi, e in secondo luogo, com'esso si estingua.

In quanto alla prima proposizione, il diritto reale si acquista nell'istessa maniera che tutte le altre servitù; siccome queste sono una specie di diritto reale sulle cose (§ 308) se lo acquista nell' istesso modo come gli altri diritti reali sulle cose. Le massime principali applicabili a questo proposito sono. *Non si può ottenere proprietà senza titolo e modo legale d'ac-*

(*k*) Vi sono ancor molte differenze, le quali, volendo svilupparle, farebbero interrompere di troppo l'incominciato filo.

quisizione; (§ 380) *il titolo di mediato acquisto si fonda nel contratto, nella disposizione pel caso di morte, nella sentenza di giudice, o nella disposizione della legge* (§ 424). *Col solo titolo non si acquista la proprietà. Eccettuati i casi determinati dalla legge, la proprietà e tutti i diritti reali in genere si possono acquistare soltanto per la legittima tradizione ed accettazione* (§ 425) e la tradizione riguardo alle cose immobili consiste, a senso del § 431, *nell'iscrizione dell'atto d'acquisto nei libri pubblici a tal fine destinati*. Queste massime vengono dai §§ 480 e 481 del capitolo delle servitù applicate anche alle medesime. Il primo dice: *Il titolo della servitù si fonda nel contratto o nella disposizione d'ultima volontà o nella sentenza di giudice pronunciata sulla divisione di un fondo comune; o finalmente nella prescrizione*. Con una sentenza pronunciata nella divisione di fondi comuni, vien fatto riferimento al § 842, in virtù del quale, in caso che de' fondi o di edifizii vengano divisi fra più consorti, e che una delle parti separate non possa essere goduta, a mano che non se le costituisca la servitù di passaggio con carro, a piedi od altra servitù sopra le altre parti, dee il giudice decidere, se dessa abbia ad accordarsi, e sotto quali condizioni (*a*). Quindi ne viene che la vera origine di questo titolo legale non sia già la sentenza di giu-

(*a*) *L.* 22, *D. fam. ercisc. L.* 6, § 1. *D. de usufr. L.* 7. § 1. *D. commun. divid.*

dice, ma bensì la legge. Or dunque siccome la legge è parimenti l'unica origine fondamentale del quarto titolo della prescrizione contemplata dal § 480, non si può negare, che dal vero senso del § 480 non risultino già quattro titoli legali per una servitù, ma tre soltanto, cioè il contratto, la disposizione d'ultima volontà, e la legge.

Art. CLIX. Da ciò emerge inoltre, che sebbene il § 424 esprima chiaramente che vi sono quattro titoli di mediata acquisizione, cioè oltre i succennati tre, anche la sentenza di giudice, quest' ultima è stata contr'ogni aspettazione, sorpassata nel § 480, io dico sorpassata, benchè non manchi in esso la parola *sentenza*, mentre questa non può assolutamente risguardarsi come un titolo legale stante da sè medesimo, quando viene determinato dalla disposizione della legge; ma bensì soltanto allorchè non ha per base nè la legge, nè un contratto, nè una disposizione d'ultima volontà, imperocchè, emanando la sentenza all'appoggio di uno di tali motivi fondamentali, sono questi i titoli, e non già la decisione del giudice, il quale dee in generale pronunciarla, non a cieco suo arbitrio, ma soltanto giusta il tenore di quei tre motivi (*a*). Si può dunque risguardare la sentenza propriamente come puro titolo legale, solo allorquando venga pronunciata contro quei tre ti-

(*a*) *Per sententiam non debet servitus constitui, sed quae est, declarari. L.* 8, *D. si serv. vind.*

toli legali, p. e. qualora venisse emessa una sentenza in contumacia contro il reo convenuto, il quale fosse stato illegalmente provocato in giudizio, o in generale pronunciata una illegale sentenza, e che egli invece, nel primo caso, omettesse di giustificare dentro il voluto termine la sua non comparsa o di far istanza per la restituzione in intiero, nel secondo caso, trascurasse di ricorrere in grado d' appello. Mentre, siccome in questi casi egli viene realmente obbligato, e in conseguenza l' attore acquista un titolo legale, e mancano con tutto ciò quei tre titoli, convien in un tal caso risguardare la sentenza istessa come un titolo legale (*b*).

Ha luogo per altro ancor un' altra riflessione, la quale è fondata sopra una legale necessità, anzi come una *praesumptio juris et de jure*, secondo cui qualunque sentenza passata in giudicato, può considerarsi, se non per puro, almeno per titolo legale, in quanto che dessa viene risguardata quale verità inalterabile e irrefragabile. Quindi anche l' esaminare se v' abbia effettivamente per base uno di quei tre titoli (il che si suppone pella rettitudine che milita in favore dell' autorità giudiziaria) porterebbe seco nient' altro che una fatica superflua; a meno che non si verificasse il ben raro caso, che nuovi scoperti mezzi di prova

(*b*) Fa meraviglia che nel § 859, in cui sono annoverate tutte le sorgenti del diritto personale sulle cosa, non sia fatta veruna menzione della sentenza di giudice.

autorizzassero la parte soccombente ad invocare la restituzione in intiero, (§ 372, Regol. Giud. G.) (trad. ital. § 476) poichè a tal effetto si dovrebbe ponderar attentamente il titolo legale su cui è fondata la sentenza, potendo il giudice risguardare per essenziali soltanto quei nuovi amminicoli probatorj che valgono a distruggere il titolo che ha per base la sentenza.

Or dunque, sebbene il § 480 non annoveri la sentenza fra i titoli onde acquistare una servitù, non è quella tuttavia da escludersi da questa dottrina, essendo essa già dal § 424 dichiarata un titolo generale di mediata acquisizione, per cui deve come tale essere considerata anche in merito alle servitù, e ciò anzi maggiormente, perchè dalle enunziate proposizioni è d'uopo convincersi che la sentenza può del pari che riguardo alle altre quattro specie di diritto reale, divenire un titolo, ancorchè non assoluto, anche riguardo alle servitù.

Art. CLX. Il titolo però non accorda per sè solo ancora un diritto reale, ma soltanto un diritto personale (§ 425). Per acquistar un diritto reale la legge vuole che l'atto d'acquisto venga inscritto nei pubblici libri a ciò destinati (§ 431, 443 e 481) (*a*). Da

(*a*) Siccome i Romani non avevano i libri censuarii, onde acquistare presso di loro un diritto reale sulle servitù, null'altro richiedevasi se non quanto esigono le nostre leggi per ottenere il possesso delle servitù senza l'inscrizione di esse nei libri pubblici, ch'è quanto dire il possesso naturale; per le servitù affermative richiedevasi una quasi *traditio*. Quest'apparente tradizione consisteva: nel

ciò dunque ne viene, che quand' anche un contratto conchiuso giudizialmente, una legale disposizione d'ultima volontà, la decisione della legge, e fin anche una sentenza passata in giudicato ci accordasse un diritto all'immissione delle travi, o ad un'altra servitù, può essa ciò malgrado andare ancor perduta, quando cioè il proprietario del fondo serviente lo alienasse prima che l'atto d'acquisto (§ 431-445) il legato (§ 437-445), l'aggiudicazione giudiziale all'appoggio della provata servitù (§ 1498), o il diritto nato dalla disposizione della legge (§ 840) fosse inscritto

far uso in nome proprio del conceduto diritto. 312. *L.* 11, § 1, *de publ. in rem. act. L.* 1, *in fin. de S. P. R. L.* 3. *de usufr.* Per ciò che risguarda le servitù negative, la maggior parte de'civilisti opina, che se ne acquisti il diritto reale senza bisogno di verun'altra apparente tradizione, perchè queste consistono in una omissione e in conseguenza escludono qualunque esercizio. Alcuni giureconsulti pretendono tuttavia una specie di apparente tradizione, però a torto; mentre, sebbene non sia da negarsi, che si posseggono apparentemente anche le servitù negative, e che un tal possesso acquistasi col vietare a taluno, o coll'impedirgli di far ciò che altrimenti sarebbe autorizzato a fare, ed egli si acquieta ad un simile divieto (§ 313, 1459 e 1488), (poichè con ciò si acquista l'apparente possesso del diritto proibitivo in cui unicamente consiste la sostanza di una servitù negativa) ciò vale però soltanto per il caso che si voglia acquistare la servitù in forza dell'usucapione. Ma anche in tal caso quest'atto non terrà mai luogo d'una vera tradizione; in tutti gli altri casi poi, quando il titolo legale, sia un contratto, la legge, o una disposizione d'ultima volontà, si ottiene il possesso diritto proibitivo, senza che questo sia stato mai esercitato, non potendo minimamente esercitarsi, se la parte obbligata non intraprende qualche cosa contro la costituita servitù.

nei pubblici libri; nel qual caso, appunto perchè fino a quel momento era obbligata la sola persona, e non il fondo stesso, non può farsi nemmeno valere la servitù in faccia del nuovo possessore, poichè questi *dee assumere soltanto i pesi inerenti alla cosa inscritta nei pubblici libri* (§ 443).

Art. CLXI. Il modo d'acquisizione del diritto reale ad una servitù, quindi anche all'immissione delle travi consiste dunque, giusta la chiara disposizione del § 480, unicamente nell'iscrizione dell'atto d'acquisto nei pubblici libri, nei quali sta registrato l'attuale fondo. Sebbene però questa regola sia d'un tenore assoluto, dessa soggiace tuttavia ad una non dubbia eccezione, vale a dire, quando l'immissione delle travi sia stata, ancorchè arbitrariamente, però senza opposizione del vicino, già eseguita, perchè, secondo il disposto dai §§ 340 e 418, cadauna costruzione di un nuovo edifizio d'un' opera idraulica, o di qualsivoglia altr' opera, con cui venissero pregiudicati i proprii diritti, debb'essere fatta giudizialmente cessare prima che sia terminata, poichè diversamente dee rimaner ferma l'opera già costruita, senza aver da temere in seguito per parte d'un nuovo possessore l'obbiezione *che essendo egli, a senso della chiara disposizione del* § 443, *obbligato ad assumere soltanto i pesi inscritti nei libri pubblici*, *egli si crederebbe apertamente leso*, *qualora dovesse addossarsi un peso in essi non inscritto*; *che anzi questa fiducia in quei libri dovrebbe andare affatto perduta*, qualora *l'ispe-*

zione di essi non avesse a servire di unica norma all'acquirente di una cosa immobile, mentre le servitù nascenti da un'opera già compiuta sono, giusta lo spirito del § 340, inerenti per sè medesime alla cosa, senza bisogno d'inscrizione nei libri pubblici. E qui non sarebbe fuor di proposito il chiedere: e vorrà forse la legge proteggere, senza veruna eccezione, qualunque acquisitore d'una cosa immobile, il quale non considera per base de' suoi acquistati diritti se non che il contenuto dei pubblici registri? Certo che un tale quesito è da riscontrarsi negativamente; poichè la legge vuole bensì difendere chi fu realmente ingannato, il quale con piena fiducia nei pubblici libri, ha conchiuso l'atto d'acquisto, ma non già anche quegli ch'era assai bene informato dell'esistenza d'una servitù stante un edifizio che cade sott' occhio a chiunque (*a*). Cionullameno io voglio far parlare alcuni passi di legge, e prima di tutto anzi quelli che non proteggono minimamente l'acquisitore d'un diritto inscritto nei libri pubblici, ma però cessato con di lui saputa: *cessa il diritto di pegno collo spirare del tempo a cui fu limitato, e per conseguenza an-*

(*a*) Ciò che chiaro traluce dallo spirito del codice austriaco, è stato chiaramente espresso nel codice prussiano par. I, tit. 22, § 16, con le seguenti parole: *i diritti prediali, la di cui esistenza può essere riconosciuta da chiunque, attesa un'opera perenne che si trova in esercizio nella cosa serviente, non abbisognano d'inscrizione nei libri ipotecarj, e passano inoltre senza di essa a cadaun possessore della cosa oggravata.*

che col diritto temporaneo sulla cosa pignorata, purchè questa circostanza fosse nota al creditore, o si potesse averne cognizione dai libri pubblici (§ 468). Tutta, anzi quasi letteralmente concorde è anche la disposizione contenuta nel § 527, intorno alle servitù: *se il possessore della servitù ha potuto dai libri pubblici o in altro modo, conoscere il diritto meramente temporaneo di quello che l'ha costituita, o il tempo cui era limitata, passato questo tempo la servitù cessa ipso jure*; in conseguenza p. e., il compratore della casa dominante non potrà spiegare pretesa alcuna alla servitù del diritto di finestra inscritto nei pubblici libri, quando egli ne possa inferire la cessazione dalla circostanza che la finestra era murata. Conseguente con queste massime è pure la disposizione del § 1443 che il debitore oppor puote al cessionario d' un credito inscritto nei pubblici libri l'eccezione della compensazione, e in conseguenza anche quella dell' effettuato pagamento, perchè la prima non è che un pagamento presunto (§ 1438), qualora sia stato al cessionario, al momento che assunse il credito, notificato il diritto di compensazione.

Da queste chiare leggi risulta dunque apertamente che l'acquisizione fatta all' appoggio dei libri pubblici è senza effetto, quando sia congiunta colla cognizione che il diritto è cessato senza che ne sia stata eseguita la cancellazione da essi; ed è quindi una illazione d'analogia di diritto, che un tal ac-

quisto non produce verun vantaggio, nè meno allorquando si sappia che un acquistato fondo sia affetto da una servitù non inscritta nei pubblici libri; mentre fra la tesi: se si possa opporre a chi assume un capitale inscritto nei pubblici registri un pagamento od una compensazione in quelli non prenotata, nel caso che tali eccezioni erano a lui note all'atto dell'assunzione del capitale, e la tesi: se colui che acquista un fondo debba adattarsi ad una servitù, qualora non ne ignorava l'esistenza, regge una vera identità di diritto, perchè nell'istessa guisa che il pagamento o la compensazione è una minorazione del diritto di proprietà inerente al capitale, così anche una servitù è del pari una vera minorazione dei diritti di proprietà competenti alla parte obbligata sul di lei fondo (Art. CLVII).

Se dunque nel primo caso può il diritto d'ipoteca, ed anzi malgrado la chiara disposizione del § 469, venir diminuito, senza che venga cancellato dai libri pubblici, per qual motivo non potrebbe diminuirsi anche il diritto di proprietà in causa d'una servitù in quelli non inscritta? Qui aggiungesi anche il riflesso che il legislatore, colla introduzione dei libri pubblici, ha potuto e voluto sostenere le prescrizioni fondate nella sana ragione intorno ai modi d'acquisizione di un diritto reale, solo in quanto che richiedesi per mantenere la confidenza in tali libri onde assicurare ed animare gli affari. Chi dunque non agisce sulla fede di simili libri, non può ne

anche pretendere alle prescrizioni particolari per essi vigenti e che si scostano dalla massima naturale, poichè in tal caso svanisce il fondamento e con esso anche ciò che si è fondato. Questa proposizione vien posta fuor d'ogni dubbio da una legge assai chiara, il § 1500 dice: *il diritto acquistato coll' usucapione o colla prescrizione, non può pregiudicare a chi sulla fede dei pubblici libri ha prima della inscrizione di esso, acquistato qualche cosa o qualche diritto.*

Da ciò risulta senz'altro che all' acquirente d' una cosa immobile pregiudica assolutamente il diritto acquistato dall' usucapione o prescrizione, qualora ne sia stato consapevole, non potendo in tal caso asserire d' essere stato illuso dall' esame dei pubblici registri.

Art. CLXII. Le illazioni che nascono dalle sviluppate massime sono della maggior importanza (*a*). La prescrizione la quale ha per fondamento la decisione della legge, è dunque, del pari che un contratto, una disposizione d' ultima volontà, e la sentenza di giudice, solamente un titolo legale (§§ 424, 480), nè si può già sostenere che uno di questi quattro titoli accordi un diritto più forte, che non uno degli altri, poichè ciascuno non fonda nulla più che nei suoi legali effetti rimane pareggiato.

(*a*) La piena dimostrazione di tali illazioni non è qui propriamente al suo vero posto, ma dessa è di troppa importanza, onde poter passarla del tutto sotto silenzio.

Siccome dunque, com'è provato, l'inscrizione dell'atto d'acquisto nei pubblici libri non procura verun vantaggio ad un nuovo possessore di fondo, se al momento della conclusione dell'acquisto non ignorava che la cosa era già in forza della prescrizione usucatta da un terzo, si può per analogia di diritto sostener eziandio, che non gli può riuscir utile l'acquisto d'un fondo nè anche nel caso, in cui al momento che ha conchiuso l'affare avesse saputo che competeva ad un terzo qualsivoglia diritto personale sulla cosa, vale a dire, onde renderla di sua proprietà (*b*) all'appoggio di un altro titolo, che non quello della prescrizione, sia poi o per un contratto anteriore, p. e. pel fatto di compra; o per disposizione d'ultima volontà, p. e. perchè la cosa fu legata ad un terzo, o pel disposto dalla legge, p. e. se il fondo fosse stato, in causa d'emigrazione, dichiarato oggetto di confisca. Mentre non si sa veder motivo di differenza, per qual ragione dovrei io, nelle qualità di compratore d'un fondo, cedere soltanto a chi lo ha usucatto, e non anche a quegli che lo ha dapprima

(*b*) Qualora il titolo non tendesse all'acquisto della proprietà o della servitù, ma bensì del diritto reale di pegno sopra un fondo, o di un qualsivoglia diritto personale, p. e. del diritto nascente da un contratto di fitto, la cognizione di questi diritti, non porterebbe assolutamente la conseguenza, che il nuovo acquirente del fondo avesse da assumere siffatti obblighi non inscritti nei pubblici libri, poichè la filosofia del diritto, come proverò in occasione più acconcia, richiede una diversa disposizione, che fu anzi dalle nostre leggi impartita (§§ 431, 438, 443, 1095, 1120, 1368, 1443).

comperato o che lo ha ottenuto per lascito, o ch'è in diritto di pretenderlo per disposizione della legge, poichè a niuna di queste quattro persone era sin qui obbligata la cosa, ma soltanto la persona del venditore. In parità di circostanze, si dovrebbe quindi anche, giusta il disposto dai §§ 6 e 7, aspettarsi uguali effetti, senza temere l'obbiezione, che il legislatore, quand'egli avesse voluto estendere le massime stabilite in merito alla prescrizione agli altri titoli, si sarebbe in proposito spiegato chiaramente, mentre ciò significherebbe con altre parole: voler proscrivere l'analogia del diritto dai tribunali. Ma non è già d'uopo ricorrere alla fonte inesauribile dell'analogia del diritto, poichè io mi sono riportato non solamente al § 1500, ma al tempo stesso anche ai §§ 468, 527 e 1443.

Dai precitati paragrafi emerge la prova infallibile, che l'inscrizione del contratto d'acquisto non giova ad alcuno cui fosse noto che colla conclusione dell'affare ledesse il diritto personale competente ad un terzo, poichè egli agisce illegalmente e non può nel suo proprio fatto illegittimo fondare alcun diritto, (§ 95). Per la qual cosa l'acquirente che dalle circostanze avesse potuto concepire fondato sospetto contro la buona fede del suo datore, o che fosse venuto al possesso d'un diritto con mala fede in qualsivoglia modo, non può ripromettersi la giudiziale protezione, ma deve anzi cedere la cosa all'attore (§§ 335, 368, 373).

Queste disposizioni debbono aver tanto più luogo

nel proposto caso, mentre si presuppone, che l'acquirente avesse, non solo il sospetto, ma fosse anzi pienamente persuaso, che un terzo avesse ottenuto sulla cosa un diritto tale, che la parte alienante, senza commettere un fatto illegittimo, o non sarebbe più in facoltà di alienare la cosa, oppure soltanto col peso ad essa inerente. Egli è perciò ch'io sono anzi persuaso che il § 440, il quale si esprime in questi termini: *se il proprietario ha alienata la stessa cosa immobile a due diverse persone, quella ne acquista la proprietà che ne avrà chiesto prima l'inscrizione*, presupponga il caso, che quegli che ha prima domandata l'inscrizione, non possa, alla stipulazione del contratto, aver saputo, che un altro abbia prima di lui già conchiuso un acquisto. Adottare un'altra massima sarebbe al certo lo stesso che dar campo ed adito all'astuzia (*c*). Per tal modo io credo d'aver anche

(*c*) Ciò che si è dimostrato all'appoggio dello spirito di molte leggi, viene pronunciato chiaramente dal Codice Prussiano. P. I, tit. 15, 16, 19, § 5. *Se poi il possessore può venir convinto che il diritto personale acquistato sulla cosa stessa dall'oltro, gli era noto al momento che ne acquistò il possesso*, *egli non può far uso contro quello del suo diritto reale nascente dalla tradizione dello cosa.* Secondo il diritto romano sussiste lo stesso principio, poichè questo non protegge in generale tampoco che il diritto austriaco, un possessore di mala fede, e in conseguenza nè meno quegli, il quale o è venuto scientemente in potere d'una cosa aggravata da un peso, o d'una non aggravata pel fatto d'una persona che non vi ha il diritto. I Romani solevano dire che un acquirente di questa specie, inganna sè medesimo. *L.* 26. *D. de rei vind. L.* 45. *De hered. petit. L.* 43, § 1, *de contrah. empt. L.* 1, *D. de act empt.*

stabilita la prova, che l'acquisitore d'un fondo serviente debba adattarsi a tutte le servitù che a sua saputa sono inerenti al fondo stesso; e in conseguenza anche a quelle le quali per aver principio, non abbisognano di veruna fabbrica, o di qualsivoglia altra opera, come p. e. il diritto di pascolo o della caccia. Se dunque il nuovo possessore del fondo serviente non potrà spiegare diritto sopra quelle parti, le quali, come gli è già noto, furono ad un altro alienate, lo stesso dee dirsi anche nel caso (eccettuato quell'unico in cui dal più si conchiudesse erroneamente al meno) che fossero stati separati soltanto singoli diritti di proprietà dal tutto ancor esistente, p. e. colla costituzione d'una servitù.

Art. CLXIII. Tanto più debbono quindi continuar a sussistere le servitù che presuppongono un edifizio o qualsivoglia altra costruita opera, quando la cosa serviente passa in possesso d'un terzo. Il nuovo possessore conosceva pure l'esistenza della servitù, od almeno gli poteva essere nota, poichè non avea bisogno che di esaminare gli oggetti; s'egli omise di farlo, deve ascrivere la colpa a sè medesimo, essendo una massima fondata nella ragione, e nel codice, che se i vizj d'una cosa cadono sotto i sensi, convien attribuirne le conseguenze a sè stessi (§§ 928, 527). Volendo ritenere una massima diversa, e sostenere, che le servitù le quali consistono in un'opera terminata, ma non sono inscritte nei libri pubblici, debbono essere giudicate giusta il tenore letterale del § 481, e

in conseguenza siano da considerarsi, non per diritti reali, ma semplicemente personali, che per la loro natura sono inefficaci verso un nuovo proprietario del fondo serviente, in tal caso il nuovo possessore dovrebbe perciò essere anche autorizzato a proibire l'ulterior esercizio della servitù, quindi a pretendere, che venisse levato via il peso, cavate le immesse travi e per la stessa ragione, che si dovesse fors'anche demolire l'edifizio ch'esiste da tempo immemorabile, o per lo meno che venisse fabbricato diversamente. Che questo caso si verifichi sovente, anzichè di rado, lo posso asserire io medesimo; avendomi l'esperienza istruito, che, sebbene nella mia patria la metà delle case sia certo affetta da servitù, e se non da altre, per lo meno da quella di deviare i fluidi, o dall'altra di stillicidio, ciò nulla meno sopra trenta servitù urbane, appena una è forse inscritta nei libri pubblici. E perchè? Perchè ella è stata sempre una massima incontrastabile che ogni successore debba accontentarsi dell'edifizio, ancorchè ad esso dannoso, quando non sia stato contrastato dall'antecessore, e in conseguenza l'opera finita è stata eziandio sempre riguardata qual mezzo di acquisizione reale (*a*), ed anche oggigiorno

(*a*) Servano di prova i Cap. 19 e 22, degli Statuti Civici della Boemia, ed inoltre il C. 42, § 2, ov'è detto: *trovandosi inerenti a qualche cosa delle servitù, i possessori delle medesime le goderanno tali che sono; e vendendosi il fondo, la servitù vi andrà sempre congiunta: Cum fundo servit, vendito fundo, servitus quoque sequitur.*

viene così ritenuto, per cui in questo caso l'inscrizione nei pubblici libri vien ad essere superflua ed inutile.

Art. CLXIV. La massima stabilita dal § 481, che *il diritto reale di servitù sulle cose immobili, e generalmente su quegli oggetti che sono inscritti nei libri pubblici, si può acquistare soltanto mediante inscrizione ne' libri medesimi*, spiega dunque la sua efficacia, nell'ipotesi che il nuovo proprietario del fondo abbia ignorata la costituita servitù, solo riguardo alle negative non chè alle servitù rustiche, le quali non presuppongono verun'opera eretta. Mentre, siccome queste non suppongono alcuna costruzione di un'opera nuova, e in conseguenza nissun esercizio continuo cadente ad ognuno sott'occhio, e le servitù negative poi nissunissimo affatto; e siccome inoltre riguardo ad esse non ha luogo nemmeno il favore accordato dal Codice (§ 340) agli edifizj terminati e ad altre opere ardue, così non si sa neppure ravvisare un motivo per cui queste servitù avessero ad aver effetto verso un futuro successore singolare (*successor singularis*), il quale, dietro la sua coscienza, e secondo il contenuto dei libri pubblici ha risguardato il fondo per non aggravato da verun peso, in tempo che riguardo a tutti gli oggetti dei libri pubblici (§ 431, 437, 445), e per conseguenza anche riguardo alle servitù (§ 481) è pronunciata la massima che il diritto reale, ch'è quanto dire valevole contro ogni futuro possessore, non possa altrimenti acquistarsi, se non mediante l'inscrizione del contratto d'acquisto nei libri pubblici.

Art. CLXV. In quanto al secondo quesito (Art. CLVIII), vale a dire come possa cessare il diritto reale della immissione delle travi, non si può altrimenti rispondervi, se non che si estingue nell'istesso modo come in generale il diritto reale delle altre servitù. Si dee quindi esaminar propriamente come possa egli in generale andar perduto, e si vedrà che, siccome si può acquistare il diritto reale unicamente colla inscrizione dell'atto d'acquisto nei pubblici libri, così, giusta la nota regola giuridica, *che, cadaun affare legale si scioglie nella stessa guisa colla quale fu combinato* (*unumquodque eodem modo resolvitur, quo fuit colligatum*) esso può eziandio venir sciolto solamente colla cancellazione dell'atto medesimo dai libri stessi.

In prova di questa proposizione servano i §§ 444, e 445; il primo dichiara che il diritto di proprietà cessa appunto nel surriferito modo; il secondo; *che, le determinazioni contenute in questo capitolo sul modo con cui si acquista il diritto di proprietà sulle cose immobili, debbono osservarsi anche a riguardo degli altri diritti reali concernenti le cose immobili.* Ma evvi forse solamente quest'unico modo di cessazione?

Secondo le parole del § 444, pare che il diritto reale possa andar perduto solo mediante la cancellazione dai libri; ma siccome nei §§ 525, 526, 527, vien fatta menzione ancor di tre altri modi di cessazione, col deperimento della cosa, colla consolidazione, indi col decorso del tempo cui è stata limitata la servitù; e siccome inoltre fra i modi generali di

estinzione contenuti nella P. III, cap. 3, vien annoverata fra i modi onde far cessare una servitù, anche la rinunzia (§ 1444), e finalmente anche la prescrizione (§§ 1478, 1488), così pare che il § 444, pronunci una proposizione erronea; ma ciò non è in fatti che apparenza, come tosto risulterà da un esame ancorchè superficiale.

Non si può negare che il deperimento della cosa non sia un modo d'estinzione del diritto reale di servitù, affatto diverso dalla cancellazione del diritto reale dai libri pubblici. Comecchè però ne derivano due diversi modi di cessazione, non si può censurare nel § 444 veruna inconseguente asserzione; poichè egli dichiara la cancellazione dai libri come l'unico modo di estinzione soltanto riguardo alle cose immobili ancor effettivamente esistenti; ma se desse furono sottratte dal numero di quest'ultime in forza di totale deperimento, cessarono eziandio dal formar oggetto de' pubblici libri, nè abbisognano più d'esservi cancellate. In quanto concerne tutti gli altri summenzionati modi di cessazione, è falso ch'essi, in senso giuridico, appartengano alla classe dei modi di estinzione. Essi vestono semplicemente il carattere di un titolo legale, cioè, procurano un motivo sufficiente onde chiedere la cancellazione reale; mentre, nell'istessa maniera che l'acquisto del diritto reale mediante inscrizione nei libri pubblici deve avere un titolo per base, così dee aver luogo un uguale titolo per poter domandare la cancellazione del costituito diritto (§§ 444, 445). S' io

dunque acquisto la proprietà tanto del fondo serviente quanto anche del dominante (§ 526), la servitù non è perciò, nè meno nel caso ch'io alienassi di nuovo uno dei fondi riuniti, da considerarsi senz'altro per cessata (§ 526), nè tampoco nel caso, in cui fosse stato od avesse potuto esser noto al padrone del fondo dominante il temporaneo diritto del costituente o l'epoca alla quale fu limitata la servitù (§ 527), o qualora il proprietario della servitù vi avesse rinunziato mediante contratto, o disposizione d'ultima volontà, (§ 1444) o che il padrone del fondo serviente avesse prescritta la servitù verso il dominante; ma la cancellazione dev'essere domandata nel primo caso, avanti che sia alienato il fondo serviente, negli altri tre casi poi, prima che sia alienato il fondo dominante, in caso diverso non potrà farsi valere il competente diritto personale contro il nuovo possessore, ma soltanto contro il venditore per la riparazione del danno (§§ 430, 1295); mentre chi acquista il possesso d'una cosa, acquista anche i diritti ad essa inerenti (§ 442), cosicchè, giusta il tenore del § 1500, perfino un diritto acquistato colla prescrizione, ancorchè fosse stato aggiudicato mediante valida sentenza, non può nuocere a chi sulla buona fede dei pubblici libri ha fatto acquisto della cosa prima che fosse stata inscritta la sentenza. Ma se all'atto della conclusione dell'affare non avesse ignorata la circostanza, che la servitù era cessata per effetto della prescrizione o per qualsivoglia altra causa, egli non vi potrà più, pella ragioni addotte agli articoli CLXI-CLXIV, spiegare diritto alcuno.

INDICE DELLE MATERIE

DEI SINGOLI ARTICOLI

DEL SETTIMO CAPITOLO

Della Servitù d' Acquidotto



Art. CLXVI. *In quanti sensi abbiasi da prendere la servitù dell' acquidotto?*

CLXVII. *Il diritto di condurre l' acqua dal fondo altrui nel proprio, può esser considerato soltanto come diritto di servitù.*

CLXVIII. *Questa servitù può essere costituita tanto come servitù prediale, quanto anche come servitù personale.*

CLXIX. *Essa è d' ordinario una servitù rustica, ma può essere anche servitù urbana.*

CLXX. *Riguardo al modo d' esercizio della servitù d' acquidotto, trovano applicazione le stesse massime che sono stabilite pelle altre servitù.*

CLXXI. *Chi ha il diritto dell' acquidotto, può servirsi di tutti i mezzi adattati per condurre l' acqua.*

CLXXII. *Egli è anche autorizzato a tutto ciò senza di che l' acqua non potrebbe essere condotta.*

CLXXIII. *La misura dell'acqua da derivarsi deve essere regolata secondo il bisogno del fondo dominante.*

CLXXIV. *La parte che ha il diritto non può aggravare la parte obbligata più del necessario.*

CLXXV. *Non può in conseguenza, di regola, costruire che un solo condotto,*

CLXXVI. *E questo deve anche, di regola, essere collocato in linea retta,*

CLXXVII. *E non sopra spazj che siano soggetti ad un terzo per servitù.*

CLXXVIII. *Trattandosi dell' ulterior esercizio, sono applicabili le prescrizioni stabilite all'art. CLIII relative all' immissione delle travi.*

CLXXIX. *Di regola non si può cambiare il condotto che è già stato attivato.*

CLXXX. *L' acqua già entrata nel fondo dominante può anche essere ceduta ad un terzo.*

CLXXXI. *L' aumento, la diminuzione o la divisione del fondo dominante non hanno veruna influenza nell' esercizio dell' acquidotto.*

CLXXXII. *I consorti del fondo dominante debbono dividersi l'acqua entratavi con riguardo al bisogno delle singole porzioni di esso.*

CLXXXIII. *Il padrone del fondo serviente dee tralasciar tutto ciò che può difficultare l' esercizio della servitù.*

CLXXXIV. *La servitù dell' acquidotto può sempre, anche dopo la costituzione, essere conceduta ad un terzo.*

CLXXXV. *Se la servitù dell'acquidotto fosse costituita in favore di più vicini, l'acqua è da dividersi, non secondo l'estensione, ma secondo il bisogno dei fondi.*

CLXXVI. *Disseccandosi la sorgente dell'acqua, d'onde è stata conferita la servitù dell'acquidotto non può aver principio la prescrizione all'appoggio del non uso.*

DELLA SERVITÙ

DELL' ACQUIDOTTO

CAPITOLO SETTIMO

Art. CLXVI. Nell' istessa guisa che ho trattato agli articoli CXLIII e CLXI la servitù dell' immissione delle travi, procurerò pur di trattare anche la servitù dell' acquidotto. Questa servitù può, come ho dimostrato nell' art. CXXXVI e consecutivi, sussistere in due maniere, vale a dire, secondo che si viene autorizzato od a deviare l' acqua dal proprio fondo, ed in conseguenza a condurla nel, o farla passare pel fondo vicino, oppure, secondo che si acquista il diritto di condur l' acqua dal, o contemporaneamente pel fondo altrui nel proprio (§ 477). La prima chiamasi in lingua legale, la servitù di deviare l' acqua, l' altra la servitù di derivarla (*Servitus aquae ducendae et adducendae*). Io voglio fermare la mia attenzione sopra

la seconda, essendo molto più ovvia, e perchè offre materia di quesiti assai più astrusi della prima (a).

Art. CLXVII. Che il diritto di condur l'acqua dal fondo altrui nel proprio debba sempre considerarsi per una servitù, emerge da ciò, che qualunque esercizio nel fondo altrui che dee tollerare il proprietario di questo a vantaggio d'un altro, qualifica una servitù (§ 472). Chi dunque vuol godere di questo diritto, deve acquistarlo, essendo ogni proprietario in facoltà d'escludere ognuno dal possesso della cosa sua, qualunque sia l'oggetto del possesso (§§ 354, 366).

Art. CLXVIII. Questa servitù può, come quasi tutte le altre (a)*, essere or una servitù prediale, ora personale, secondochè o è costituita riguardo ad un fondo per il più comodo e vantaggioso uso di esso, ovvero a favore d'una persona, senza riguardo a verun fondo (§§ 473, 479). (Art. LXIII, LXVII). Siccome però questa servitù viene d'ordinario costituita soltanto sotto il primo aspetto, ed il nostro legislatore

(a) *Manzius in tractatu de servitutibus*, *titulo de S. P. R. N.* 137-215, confonde amendue queste servitù nua coll'altra; anzi al N. 145, egli stabilisce soltanto l'idea della servitù di deviare l'acqua, e malgrado ciò nei successivi articoli egli tratta al tempo stesso manifestamente anche della servitù di derivarla.

(a)* Io mi prevalgo dell'espressione *quasi*, non potendosi già supporre circa la prima-seconda-quarta e sesta servitù affermativa menzionate nel § 475, che alcuno dovrà farsele costituire soltanto come diritto personale, mentre le spese di costituzione che presuppongono tali servitù, supererebbero qualunque vantaggio limitato alla vita d'un uomo.

nella dottrina delle servitù ha riguardo soltanto a ciò che succede più comunemente (introduzione ai §§ 475 o 477); egli l'annovera quindi fra le servitù prediali (*b*). Del resto non produce alcuna differenza, se l'acqua abbia per fondamento una causa perpetua o no (Art CXXXI).

Art. CLXIX. La servitù d'acquidotto viene posta nel § 477 fra le servitù rustiche; può tuttavia essere una servitù urbana, qualora il fondo dominante sia destinato, non all'economia rurale, ma ad altro uso (Art. CXLVII). p. e. venendo conceduta pei bisogni di cucina, o d'una fabbrica. Siccome però questa servitù viene comunemente costituita a maggior profitto dell'economia rurale, vale a dire, onde irrigare le campagne, e le praterie, per abbeverare gli armenti, o per empiere gli stagni, così appunto per questa ragione viene dal § 477 annoverata fra le servitù rustiche.

Art. CLXX. Cosa sarebbe di diritto, se trattandosi del modo di esercitare l'acquidotto, il contratto non contenesse alcuna disposizione? In tal caso saranno applicabili le stesse massime stabilite all'Art. CLII intorno all'immissione delle travi, e si dovrà parimenti distinguere se si tratti del primo ovvero dell' ulteriore futuro esercizio. Nel primo caso si riterrà

(*b*) La *L.* 37, *D. de S. P. R.* in coi il diritto d'acquidotto vien dichiarato per diritto personale, imbarazza molti giureconsulti; ma spariscooo tutte le difficoltà, se si riflette che in quella legge l'acquidotto è stato accordato senza riguardo a verun determinato fondo.

la massima, *che la parte dominante può esercitare a suo grado il proprio diritto, ma che l' esercizio non deve estendersi anzi ristringersi per quanto il comporta l'indole ed il fine della costituzione.* (§§ 484, 491). Ciò significa che essa non può arrogarsi maggior diritto di quello che richiede il divisato vantaggio del suo fondo, cioè lo scopo della costituita servitù, e dee procurare di ottenere questo vantaggio nel modo meno gravoso alla parte obbligata (Art. XCV). Questa massima è talmente estesa, che ognuno ancorchè dotato di mediocre ingegno, può sciogliere agevolmente tutti i problemi che il diritto romano studiossi decidere colla lettera della legge. Le discussioni seguenti giustificheranno questa mia asserzione (*a*).

Art. CLXXI. Di quali mezzi potrà valersi il proprietario della servitù d' acquidotto? Stando al § 497, può servirsi di condotti, di canali, e di chiuse. Non vengono tuttavia perciò esclusi altri mezzi adattati, p. e. l'aprire fosse od altro simile (§§ 491, 484), poichè il diritto allo scopo accorda eziandio il diritto ai mezzi corrispondenti. (§§ 1009, 1029). A malgrado di tutto ciò non potrà egli scavar fosse e canali, quando si possa condurre comodamente l'acqua me-

(*a*) Non è dunque un difetto del codice se non vi si trovano proposti simili quesiti, mentr'esso tutti nulla meno gli scioglie essendo nel codice decise tutte le proposizioni di diritto, e in conseguenza anche tutti i quesiti che vi si riferiscono. Siffatto metodo di trattazione del nostro codice è a' miei occhi una delle sue maggiori prerogative, la quale gli accorda la preferenza sopra tutti gli altri attuali codici.

diante cannoni e condotti, poichè i primi mezzi sono alla parte serviente più onerosi dei secondi, e le servitù debbono essere limitate secondo l'indole ed il fine pel quale furono costituite (§ 484), e la parte dominante dee in massima procurar di diminuire il peso del fondo serviente; (§ 491) e appunto per questa ragione essa deve anche evitare tutto ciò ch'è insolito; non può p. e. selciare il canale diretto lungo il prato, sebbene questo guadagnasse in durata, essendo ciò cosa insolita e dannosa alla parte soggetta, perchè impedisce il crescimento dell' erba nel canale medesimo (a).

Art. CLXXII. In generale la parte che ha il diritto è in facoltà di fare con riguardo all' indole ed al fine della costituzione, tutto ciò, senza di che non sarebbe supponibile l'esercizio della servitù, poichè il diritto allo scopo attribuisce anche il diritto ai mezzi a ciò necessarj. (§§ 1009, 1029) (Articolo CVI). Conseguentemente, venendo arrestato il corso dell'acqua, può quella andar su e giù lungo il canale (a)*, essendo a ciò autorizzata tanto in vista del

(a) *Sicuti usitata sunt permittenda, ita insueta prahibenda. L. 24 in fin. D. de usuf. Placuit, non alias per lapidem aquam duci posse, nisi hoc in servitute canstituenda comprehensum sit; non enim consuetudinis est, ut quis aquam habeat, per lapidem statum ducat; illa autem, quae fere in consuetudine esse solent, ut per fistulas aqua ducatur, etiasmi nihil sit comprehensum in servitute constituenda, fieri possunt, ita tamen, ut nullum damnum domino fundi ex his detur L. 17. § 1. D. de aq. et aq. plu. arc.*

(a)* *Si prope tuum fundum jus est mihi aquam riva ducere,*

proprio vantaggio, come perchè gl'incombe l'obbligo di mantenere in buon ordine gli apparecchi che servono a condur l'acqua (§§ 483, 487) non potendosi, di regola, addossare alla parte serviente veruna prestazione (§ 482), poichè non serve già la persona, ma la cosa la quale non è capace di prestazioni (*b*). (Art. CLVII). È inoltre in facoltà di spurgare l'ingombrato canale dal fango, dalla sabbia e dai sassi, e di gettare questi oggetti d'impedimento in luoghi meno gravosi alla parte serviente. Può finalmente, richiedendolo il suo vantaggio, alzare od approfondire il letto del canale, poichè la legge permette perfino d'erger più in alto il proprio tetto. (§ 489) (*c*). In massima poi lo scopo della costituzione è sempre la norma che dee guidare alla scelta dei mezzi utili (§ 484).

Art. CLXXIII. Quant'acqua potrà pretendere il proprietario della servitù, qualora non ne sia stata prefissa la misura? Egli avrà diritto a tant'acqua quanta ne richiede il fine della costituzione (§§ 473, 484,

tacite haec jura sequuntur, ut reficere mihi rivum liceat, ut adire, qua proxime possim ad reficiendum eum ego, fabrique mei; item ut spatium relinquat mihi dominus fundi, quo, dextera et sinistra, ad rivum adeam, et quo terram, limum, lapidem, arenam calcem jacere possim. L. 11, D. Comm. praed.

(*b*) *L.* 15, *D. de serv. L.* 6, § 2, *D. si serv. vind.*

(*c*) Secondo il diritto romano ciò forma oggetto di una quistione controversa; poichè la *L.* 11, *in pr. et* §. 1, *commun. praed.*, lo afferma; e lo nega viceversa la *L.* 1, *D. de rivis*, e la *L.* 3, § 13, *D. de itin. actuque privato.*

500) (*a*). La misura di essa è dunque variabile, cioè secondo che l'acqua fu conceduta per l'esercizio d'un macchinismo a ruote, per irrigare un prato, un giardino, o pel bisogno di casa, p. e. ad uso di cucina. Non potendo le parti andar d'accordo circa la quantità, il giudice dovrà giudicare col prezzo de' periti, i quali hanno da valutare il bisogno del fondo dominante (*b*). Ora se questi riconoscono ch'esso abbisogna giornalmente p. e. di cento brente d'acqua, convien regolare l'apparecchio che dee condurla in modo da non eccedere questa quantità. Dal che dunque ne viene di conseguenza, che la parte avente il diritto, nel caso che gli basti quella data quantità, non potrà già pretendere che l'acqua gli scorra *a torrente*, in modo da poter ognor a suo piacimento raccogliere dall'acqua che passa pei suoi fondi quelle cento brente che gli occorrono, poichè in tal caso non basterebbero forse 1000 brente; ma essa dovrà, onde coprire il suo bisogno, ragunare in una cisterna l'acqua di cui giornalmente abbisogna nella quantità di 100 brente, essendo suo dovere di limitare l'esercizio al fine della servitù, e di alleggerire, il peso del fondo serviente (§§ 484, 489, 491).

Art. CLXXIV. Nascendo quistione nel determinare la linea che dee porcorrere l'acqua pel fondo soggetto, il determinarla spetta di regola alla parte

(*a*) *L*, 1, § 11, *D. de aq. quot. et aest.*
(*b*) *L*. 4, *D. de aq. quot. et aest.*

dominante, (§ 484) ma però in modo che non renda alla parte obbligata la servitù più gravosa di quello che il richiede lo scopo della costituzione (§ 489) (a).

Art. CLXXV. Di regola non potrà dunque aprire che un solo canale, a meno che la servitù non fosse stata costituita in generale a vantaggio del suo fondo, e l'acqua non potesse con un solo canale dirigersi sopra tutti quei punti che han bisogno dell' acqua; imperocchè se la servitù prediale è stata costituita senza limiti, l'intero fondo, e per conseguenza anche ogni sua singola parte acquista un diritto al godimento della servitù (§§ 473, 844, 1482) (a)*, poichè una proprietà che compete sulla totalità, è pure inerente a tutte le sue singole parti (Art. CIII).

Art. CLXXVI. Dovrà inoltre di regola aprire il canale, fintanto che questo passa pel fondo serviente, nella linea più diritta, mentre quanto più tortuosa essa è, altrettanto più incomodo diviene l'esercizio alla parte serviente. Tutt'altro sarebbe qualora la linea più retta fosse a quest'ultima più dannosa. Non si potrebbe p. e. dirigere il rivo a traverso i giardini od edificj, ancorchè situati frammezzo in linea retta, sebbene

(a) *Si mihi concesseris iter aquae per fundum tuum non destinata parte, per quam ducerem, totus fundus serviet. L. 21 D. de S. P. R. Si totus ager itineri, aut actui servit, dominus in eo agro nihil facere potest, quo servitus impediatur, quae ita diffusa est, ut omnes glebae serviant.*

(a)* *Cui per fundum iter aquae debetur quacumque vult, in eo rivum licet faciat, dum ne acquaeductum interverteret. L. 8, D. de. ap. quot.*

fosse stato espresso nel contratto che la parte dominante sia infacoltà d'aprire il canale sopra qualunque punto del fondo serviente; poichè anco le dichiarazioni generali soggiacciono a quel limite che ad evidenza apparisce dall'indole e dal fine della costituzione (§§ 937, 1008, 1106, 1389) (*a*). Non è poi da negarsi essere stata al certo intenzione del costituente che i suoi edifizj e giardini fossero eccettuati ed esclusi dal passaggio dell'acqua, attesi i molti danni ed incomodi che ne dovrebbero ridondare; e si aggiunge altresì la circostanza che il proprietario della servitù verrebbe ad essere più gravoso alla parte obbligata di quello che assolutamente il richiede lo scopo della costituzione §§ 489, 491 (Art. LXXXII).

Art. CLXXVII. Molto meno poi si dovrà dirigere il canale sopra spazj di terreno che servono ad un terzo sia in forza delle servitù d'acquidotto di qualsivoglia altra, p. e. quella del diritto di passaggio a piedi; poichè a termini del § 486 si possono costituire le servitù soltanto a condizione *che non venga con ciò recato pregiudizio ai diritti anteriori del terzo* (*b*).

(*a*) *Sed quae loca ejus fundi tunc, cum ea fieret cessia, aedificiis, arboribus, vineis, vacua fuerint: ea sola eo nomine servient. L.* 22, *D. de S. P. R. Si cui simplicius via per fundum cujuspiam cedatur vel relinquatur, in infinita ire agere licebit civiliter modo. Nam quaedam in sermone tacite excipiuntur: non enim per villam ipsam, nec per medias vineas ire agere finendus est; cum id acque commode per alteram partem facere possit, minare servientis fundi detrimento L.* 9, *D. de servit.*

(*b*) *Per quem locum viam alii cessero, per eundem alii aquaedantum cedere non potero. L.* 14, *de S. P. R.*

Art. CLXXVIII. Se poi si tratta dell'ulterior esercizio col decorso del tempo, sono d'applicarsi le massime enunziate all' Art. CLII, intorno alla immissione delle travi.

Art. CLXXIX. Attivato che sia il canale, non potrà più cambiarsi nè trasferirsi per conseguenza in un'altra parte del fondo serviente, nè dirigersi verso qualche altro punto del fondo dominante, mentre simili innovazioni sono alla parte soggetta incomode, ed anzi dannose, giacchè in ultimà analisi, la dominante potrebbe intersecare con aperture l'intero fondo serviente; d'altronde il nostro Codice ha pronunciata la massima, che quegli cui spetta il diritto della scelta non possa di propria autorità più recedere dalla medesima ∂ 906 (a). Sarebbe una eccezione, qualora siffatte innovazioni, fossero dal contratto espressamente concedute, giusta la regola giuridica: *pacta dant legem contractibus.*

Art. CLXXX. Il proprietario della servitù d'acquidotto avrebbe forse diritto di rinunciare l'acqua ad altri, oppure di prevalersene a profitto d'un fondo

(a) *Verum constitit, ut qua primum viam direxisset, ea demum ire agere deberet, nec amplius mutandae ejus potestatem haberet; sicuti Sabino quoque videbatur, qui argumento rivi utebatur, quem primo qualibet ducere licuisset: posteaquam ductus esset, transferre non liceret, quod et in via servandum esse, verum est. L. 9, D. de serv. At si iter actusve sine ulla determinatione legatus est: modo determinabitur, et qua primum iter determinatus est, ea servitus consistit; ceterae partes agri liberae sunt. L. 13, D. de S. P. R. L. 13, § 1.*

limitrofo di nuovo acquisto? È d'uopo far distinzione. Fin a tanto che l'acqua trovasi ancor nel fondo serviente, il quesito è da negarsi; perchè le servitù vengono accordate pel più vantaggioso e comodo uso del fondo dominante (§§ 473-484), nè possono in conseguenza essere trasferite ad un altro fondo (§ 185) (*a*). Tostochè poi l'acqua fosse arrivata nel fondo dominante, il padrone della servitù sarà sempre in qualsivoglia modo, per conseguenza di condurla in un fondo vicino, o di cederla a titolo oneroso, o gratuito ad un vicino, o di lasciarla scorrere senza profittarsene (*b*), poichè l'acqua già entrata, è divenuta sua proprietà, ed ogni proprietario *può usare a piacimento della cosa sua, o cessare dal farne uso, o trasferirla tutta od in parte ad altri* (§ 362). La parte serviente si aggraverebbe anche senza verun fondamento d'un tal contegno, giacchè così non vien già pretesa maggior copia d'acqua, e nell'istessa guisa che sussistendo la servitù del passaggio a piedi, o con carro, tosto che si è giunti dal fondo serviente nel fondo proprio, si può colà girare e partirsene a piedi, o con carro, così devesi anche essere in facoltà di dirigere ove aggrada l'acqua già entrata nel proprio fondo, e lasciar passare senza usarne quella che sopravanza, oppure farla pervenire ad altri. Essere d'un'opinione diversa sarebbe tanto che dire e soste-

(*a*) *L.* 24, *D. de S. P. R.*
(*b*) L. 1, § 16, *de ap. quot. et aestiv.*

nere che la parte soggetta ha diritto di costringere il proprietario della servitù, ad arrestare con arginì l'acqua superflua di cui non abbisogna onde inaffiare il suo orto, o per abbeverare i suoi armenti, oppur quella ch'essendo entrata per l'esercizio d'un macchinismo, prestato che abbia un tal servizio, non possa più procurare alcun vantaggio. L'assurdità di quest'asserzione cade ad ognuno sott'occhio.

In quanto all'obbedienza che per tal modo la servitù *verrebbe*, contro il disposto dal § 485, *trasferita arbitrariamente ad un'altra cosa*, potrebbe reggere solo allorquando l'acqua che trovasi ancor nel fondo serviente venisse condotta coll'attivare un canale accessorio, ma non quando fosse lasciata a disposizione d'un terzo, o diretta in un fondo di recente acquisto l'acqua superflua già entrata nel fondo proprio, perchè in tal caso il fondo dominante avendo già conseguito il vantaggio, può di questo disporre in qualunque maniera; così l'usuario p. e. deve percepire egli stesso i frutti, *e non può trasferire in altri il suo diritto* (§ 507); ma chi potrebbe sostenere che non abbia egli ad essere in facoltà di consumare egli stesso i frutti già raccolti, oppure di venderli?

Art. CLXXXI. L'aumento, la diminuzione o divisione del fondo dominante hanno forse qualche influenza nell'esercizio dell'acquidotto? No mai; perchè il § 485 ordina espressamente, che in nissun caso *può la servitù essere mutata o divisa*. Se dunque si

aggiunge in via di compra un fondo nuovo a quello dominante, o se questo viene p. e. in parte dalla violenza del corpo dell' acqua disfatto, quindi distrutto, nel primo caso non si potrà pretendere maggior copia d'acqua, nè condurre per conseguenza, mediante il condotto che si trova nel fondo soggetto, alcun' acqua nel fondo aumentato, p. e. mediante acquisto nuovo, o pervenuto per eredità (*a*); nel secondo caso non sarà sottoposto a veruna diminuzione il diritto alla solita quantità d'acqua, presupposto che la porzione di fondo ancora rimasta abbisogni della dose medesima. Venendo il fondo diviso fra molti, p. e. dieci consorti la servitù dovrà esercitarsi affatto nel modo consueto, poichè il § 847 dice che *le servitù vengono esercitate dopo la divisione egualmente come prima*, competendo esse ad un fondo verso l' altro, quindi anche alle singole parti verso le singole parti. I comproprietarj debbono dunque, fintanto che l' acqua trovasi nel fondo serviente, accontentarsi d' un solo condotto; possono poi, entrata che sia, dividersela a piacere, quindi anche con dieci differenti canali; poichè nel loro proprio fondo è in loro balìa del diritto di proprietà, di fare qualunque disposizione che loro piaccia (Art. CLXXX).

Art. CXXXII. Importante quesito egli è, se qualora i consorti nel dividere il fondo non avessero fatta veruna intelligenza intorno alla misura dell' acqua che

(*a*) *L.* 1 § 15 *D. de Aq. quot. et aest. L.* 24. *de. S. P. R.*

dovrà toccare a cadauno, possa ognuno di essi pretenderne ugual porzione, oppure se coloro i di cui pezzi di fondo richiedono per loro natura più acqua, abbiano diritto ad una maggior quantità, p. e. se le parti dell'uno consistessero in ortaglie, quelle degli altri in campi, ed in boschi. In un caso di questa specie pare veramente doversi affermare il primo quesito, poichè la servitù segue le singole parti (*a*); a me sembra tuttavia verosimile il secondo, essendo lo scopo della servitù *il più comodo e vantaggioso uso del fondo dominante*, (§ 473) cui si può aggiunger anche l' analoga disposizione del § 844.

Ora, siccome nel caso in cui venendo in generale accordato l' acquidotto a due vicini, i di cui possedimenti avessero uguale estensione di superficie, che l'una consistesse in orti e prati, l'altra invece soltanto in campi, competerebbe al primo maggior copia d'acqua (Art. CLXXV.), perchè questa si regola secondo il bisogno del fondo; così cred'io doversi attenere a quella misura anche succedendo la divisione del fondo serviente. Ognuno di loro potrà d' altronde sostenere contro il proprietario del fondo serviente che gli compete il diritto della servitù sopra il di lui fondo, poichè una servitù che compete ad un fondo, spetta

(*a*) Secondo il diritto romano questa è l'opinione più giusta; *L.* 25. *D. de S. P. R.* Ma io ritengo che non la si possa sostenere secondo la filosofia del diritto, anzi non mancano leggi romane le quali appoggino in parte l'opposta opinione. *L.* 5. § 1. *in fin. D. de S. R. P.*

eziandio alle singole parti (§ 844) (b). Siccome però essi dovranno accontentarsi con un solo condotto, fin tanto che esso trovasi nel fondo soggetto, così il loro diritto solidario si manifesterà soltanto pel fatto che ognuno di essi potrà visitar quel condotto onde promuovere il corso dell' acqua che si fosse per avventura arrestato, e per conseguenza purgare il condotto medesimo.

Art. CLXXXIII. Per ciò che riguarda il padrone del fondo serviente, è a lui vietato tutto ciò che può turbare, o molestare l' esercizio delle servitù (§ 339), anzi è obbligato a tollerare tutto ciò che può renderne impossibile l' esercizio. Non gli è lecito in conseguenza impedire, o diminuire con un edifizio o colla costruzione di altre opere l' ordinario corso dell' acqua (a); non può nell' acqua mescolarne dell' altra, e nè meno, qualora il fine della costruzione richiedesse acqua pura, p. e. se fosse destinata ad uso degli uomini e del bestiame, o per imbiancare o purgare la lingeria, corromperla con materie eterogenee, e in conseguenza non potrà lavare nulla in quell' acqua (b) avendo il proprietario della servitù acquistato il diritto, non già a qualsivoglia acqua,

(b) *Quaecumque servitus fundo debetur, omnibus ejus partibus debetur; et ideo quamvis particulatim venierit, omnes partes servitus sequitur ita, ut singuli recte agant, jus sibi esse fundi.* L. 23. § 3. *D. de S. P. R.*

(a) *L. 11. in pr. D. commun. praed.*

(b) *L. 3. in pr. D. de aqu. pluv. arc.*

ma bensì di qualità determinata e tale, quale trovavasi all'epoca della costituzione. Deve inoltre riflettersi, che se alla parte soggetta fosse lecito di guastar l'acqua con materie succide, grasse o puzzolenti, essa verrebbe con ciò, nei presupposti casi, ad impedire il godimento della servitù, quindi ad annullarla di sua propria autorità con un fatto illegale.

Art. CLXXXIV. La servitù che fosse già stata costituita, può essere accordata ad un secondo, ad un terzo, od anche a più persone, quando con ciò non sia recato pregiudizio ai diritti degli anteriori acquirenti. Il § 486 pronuncia chiaramente questa massima, essendo ben supponibile il caso, che v'abbia acqua bastante per soddisfar ai bisogni di più proprietarj di fondo. Se si può concedere a molti il diritto di passaggio a piedi e con carro, di condur le bestie, il diritto di pascolo e simili, per qual ragione non si potrebbe agire ugualmente colla servitù dell'acquidotto? *(a)*. Nel caso però che mediante una tale costituzione venissero ad essere lesi gli anteriori diritti d'un terzo, questi potrà ricorrere ai mezzi legali contemplati dal § 340 *(b)**.

Art. CLXXXV. Se il proprietario d'un' acqua accordasse con un medesimo documento di costituzione a più vicini la servitù d'acquidotto dalla stessa

(a) *L. 2, § 1, et 2, D. S. P. R. L. 3. L. 4. de aq. quot.*
*(b)** *L. 17. D. de S. P. R.*

sorgente, e che questi non potessero combinarsi intorno alla misura dell'acqua che dee pervenire a cadauno di loro, cosa sarebbe in tal caso di ragione? Io sono di parere che in tal caso debba servire di unica norma, non già l'estensione dei loro possedimenti ma il bisogno di questi (§§ 473, 497), avendo avuto riguardo a questa circostanza tanto il costituente, quanto anche l'acquirente, e perchè le servitù non si possono già estendere, ma debbono piuttosto essere ristrette, per quanto il comporta l'indole di esse ed il fine per cui furono costituite (§ 484). Potrà quindi succedere che l'uno, il quale non possiede forse in dimensione la metà dell'altro, sia in diritto di pretendere ancor più del doppio d'acqua del secondo, p. e. se quello possedesse nella situazione, ov'è di aprirsi il condotto, un'ortaglia da erbaggi dell'estensione di dieci jugeri, l'altro all'opposto, oltre ad un campo di venti jugeri di dimensione, non possedesse che un orto da legumi della misura d'un mezzo jugero.

Art. CLXXXVI. In quanto al modo d'acquisizione e di cessazione della servitù d'acquidotto, io mi riporto a ciò che ho motivato intorno alla servitù della immissione delle travi (Art. CLVIII e CLXV), e rimarco soltanto che la cessazione *col perire del fondo serviente*, riguardo all'acquidotto, si manifesta, in modo diverso da quello delle altre servitù; mentre se la cosa perita può essere restituita allo stato di prima, come p. e. il muro serviente nella servitù d'appoggiare il peso, o d'immettere le travi, e che tal muro non

venga ricostrutto dal proprietario della servitù; in tal caso comincia a decorrere contro di lui, dal momento che fu interrotto l'esercizio, il periodo della prescrizione dei trent'anni. (Art. XCVIII). Ma se l'acquidotto s'interrompe in causa del disseccamento della sorgente, e per conseguenza non si possa coll'opera degli uomini ripristinare il corso dell'acqua, in tal caso, se dalla fonte scaturisce di nuovo acqua, ancorchè dopo il lasso d'un secolo, il diritto dell'acquidotto ricupera di nuovo senz'altro il suo primo vigore, senza potersi allegare veruna prescrizione, andando sottoposti alla prescrizione soltanto quei diritti che stava in arbitrio della parte dominante l'esercitarli, ma non anche quelli, l'esercizio dei quali era assolutamente impossibile (§ 1478). La prescrizione ha il suo fondamento unicamente in una presunta rinuncia, che si presume dal non uso d'un diritto che avrebbe potuto per sè esercitarsi, conseguentemente da una trascuranza; e come si potrebbe immaginare una rinuncia, od una trascuratezza, quando l'esercizio d'un diritto fosse stato impossibile per cause fisiche?

INDICE DELLE MATERIE

DEI SINGOLI ARTICOLI

DELL' OTTAVO CAPITOLO

Della Servitù

di non erger più in alto l' edifizio



Art. CLXXXVII. *Idea della servitù di non erger più alto l' edifizio.*

CLXXXVIII. *Essa è una servitù negativa.*

CLXXXIX. *Può essa venir costituita come servitù personale e prediale, e nel secondo caso, tanto per servitù urbana quanto per rustica.*

CXC. *Scopo che ha per base la costituzione di questa servitù, e quando non sia permesso l' erger più in alto una fabbrica.*

CXCI. *Se l' edifizio possa essere ampliato.*

CXCII. *È soltanto vietato alla parte serviente il togliere la luce ed il prospetto coll' erger più in alto l' edifizio, ma non già colla piantagione di alberi, od in altra maniera.*

CXCIII. *Ciò ha luogo perfino nel caso in cui fosse stata espressa nel contratto l'intenzione, che mediante la fabbrica, non venisse tolta la luce ed il prospetto.*

CXCIV. *Differenza tra la servitù di non erger più in alto l'edifizio, e quelle di non levare il prospetto, la luce e l'aria.*

CXCV. *Differenza fra le servitù di non togliere il prospetto, la luce ed il giro dell'aria.*

DELLA SERVITÙ
DI NON ERGER PIÙ IN ALTO
L'EDIFIZIO

CAPITOLO OTTAVO

Art. CLXXXVII. La dottrina intorno alle servitù affermative essendo stata omai approfondita, si è con ciò anche discussa in massima parte quella delle servitù negative, nè altro mi resta, se non che soggiungere qualche cosa intorno alla servitù di non erger più in alto l'edifizio, della quale mi sono proposto trattar diffusamente già all'Art. CXLIII. La servitù di non erger più in alto un edifizio è un diritto in forza del quale un possessore di fondo vien obbligato, contro la libertà naturale, a non erger più in alto la propria casa in vantaggio d'un fondo altrui (§ 476). Io dico contro la libertà naturale, poichè in virtù di essa ogni proprietario è in facoltà di fabbricare sul suo fondo

ciò che più gli piace in qualsivoglia forma, quand'anche il vicino venisse per ciò a perdere luce, prospetto ed aria, (Art. IV-V, XXXV-XXXVIII) a meno che le leggi politiche non limitassero in certi casi la libertà naturale, (Art. XXV) *(a)*, nei quali non è lecito al cittadino l'annullare mediante contratto la legale restrizione, tranne il caso in cui la legge politica avesse di mira, non il ben pubblico, ma soltanto il privato interesse dei vicini, come p. e. che non si tolleri un edifizio, il quale tolga ad un'aja il giro d'aria necessario onde separare la loppa dal grano *(b)*.

Art. CLXXXVIII. La servitù di non erger più in alto l'edifizio è negativa, poichè il proprietario della servitù non è già autorizzato all'esercizio d'un diritto, ma soltanto a vietare od impedire ciò che il padrone del fondo serviente sarebbe altrimenti in diritto di fare, e non essendo quest'ultimo già obbligato a tollerare, ma ad omettere qualche cosa (§§ 472, 476).

Art. CLXXXIX. Questa servitù è chiamata dal § 476 per una servitù prediale, ed anzi urbana; nulla meno può anche essere conceduta alla sola persona, come p. e. ad un inquilino della vicina casa pella

(a) Di regola ciò valeva anche presso i Romani. *L.* 8. *C. de serv. et aqu. L.* 24. *D. de S. P. U.* Era però una eccezione, quando si trattava d'alzare o di fabbricar un edifizio senza che vi fosse lo spazio intermedio legale. (*Art. VIII-XVI*).

(b) *L. fin.* §. *fin. C. de serv. et aq.*

durata del suo contratto di pigione (§ 479), e se vien costituita come servitù prediale, lo può anche a vantaggio d'un'economia rurale, p. e. affinchè non vengano levati il prospetto e l'aria ad un orto o all'edifizio ad uso dell'economia agraria (§ 474). (Art. CLXVIII, CLXIV.)

Art. CXC. Il fine della costituzione di questa servitù non può essere altrimenti se non o perchè coll'erger più in alto l'edifizio non si tolga a quello vicino il prospetto, la luce e l'aria, o non si venga a guardare in esso o nel suo cortile o giardino, poichè solo in questo, ed in niun altro caso, si può immaginare che potrebbe procurarsi all'edifizio dominante un vantaggio colla costituzione di tale servitù. Siccome altronde, come ho già dimostrato agli articoli LVI-LVII, il diritto proibitivo, quindi anche una servitù negativa, sarebbe insussistente quando non procurasse alcun vantaggio, e verrebbe ad essere parimente priva d'effetto, in quei singoli casi, anche una servitù negativa per sè stessa vantaggiosa, così è innegabile che se con una fabbrica fosse assolutamente impossibile levare il prospetto, la luce e l'aria, si potrebbe intraprendere la fabbrica, anche a malgrado del conceduto illimitato diritto proibitivo (*a*).

(*a*) Waitzenegg n. 20, Manzius n. 67, 71. sostengono, a proposito di questa servitù, ed anche altri giureconsulti seguono la loro opinione, che quando sia stata costituita la servitù di non erger più in alto l'edifizio, il padrone del fondo serviente non possa alzare il suo edificio nè pure nel caso in cui non togliesse all'altro

Art. CXCI. Ma potrà forse la parte serviente ampliare il suo edificio, qualora non superi l'altezza dell'edifizio già esistente? In tal caso deesi a mio parere, con riguardo al tenore del contratto, distinguere fra tre casi. Il primo, quando si avesse convenuto in generale di non fabbricare, e in tal caso il quesito è da negarsi pienamente; il secondo, qualora il contratto esprimesse in generale, che nel fondo serviente non si possa ergere alcun edifizio al di sopra dell'attuale altezza, ed allora è ammissibile l'ampliazione degli edifizj esistenti (*a*); il terzo caso, quando nel contratto si trattasse, non già del fondo in generale, ma soltanto dell'edifizio che esiste, e fosse stato promesso di non alzarlo, ed in tal caso può essere non solo dilatato l'attuale edifizio, ma si può altresì dare al fabbricato aggiuntovi qualsivoglia altezza, poichè a senso del con-

la luce; sono però in aperta contraddizione, poichè in altri passi eglino medesimi asseriscono che un diritto proibitivo, quando non riesca vantaggioso alla parte che lo possiede, può essere trasgredito, e ciò secondo l'espresso tenore delle *L.* 15, *D. de Serv. L.* 1, § 28, *D. de Aq. quot et aest.* Del resto in quanto concerne la *L.* 13, § 7, *D. de usuf.* in cui credono trovare una decisione per analogia di diritto onde sostenere il loro assunto, l'errore che ha luogo è evidente; poichè la legge contempla il caso che alcuno volesse alzare l'edifizio che tiene in usufrutto, ciocchè gli è vietato, ancorchè non venisse a diminuire i raggi della luce. Ma perchè? Solo pella ragione ch'egli, in forza del limitato diritto che gli compete, come quella legge si esprime, non può mutare la forma della cosa. Fra quella legge, ed il caso nostro, non havvi dunque veruna analogia di diritto

(*a*) *Manzius in q.* 18, *n.* 7, *arg. L.* 7, *D. R. S. P. U.*

tratto non è stato già sottoposto alla servitù l'intero fondo, ma soltanto una parte di esso.

Art. CXCII. Sarebbe forse vietato a chi ha costituita la servitù di non erger più in alto l'edifizio, ogn'altra impresa con cui venisse tolto alla parte dominante il prospetto, la luce e l'aria? No certo, purchè tale impresa non consista in una fabbrica. Egli è dunque in facoltà di privarla dei menzionati vantaggi piantando alberi, stendendo le biancliere ed altri oggetti, imperocchè nella servitù di non fabbricare più in alto, si promette soltanto di non alzare l'edifizio, ove all'opposto l'allevare degli alberi o lo stendere panni lini, od altri oggetti, nulla ha di comune col fabbricare più in alto; mentre chi pianta un albero, o spiega qualche cosa non costruisce una fabbrica (*a*). È ben vero che in tal guisa vien reso vano lo scopo della costituzione della servitù, perchè van perduti il prospetto, la luce e l'aria, alla di cui conservazione tendeva appunto la mira della parte dominante nell'acquisto della servitù. Ma convien riflettere che la filosofia del diritto, del pari che la legge, (§ 476) distingue la servitù di non alzare la propria casa, dalla servitù di non togliere all'edifizio dominante luce, aria, e prospetto, di maniera che quest'ultime appariscono per servitù principali affatto differenti. Se la parte dominante voleva acquistar un diritto anche a queste, dovea farsele costituire, laddove però la parte serviente non avrebbe

(*a*) *L.* 12, *D. de serv. P. U. L.* 7, *cod. tit.*

alcerto annuito con eguale facilità, poichè desse ristringono assai più il suo diritto di liberamente disporre, e in conseguenza sono molto più gravose, che non la servitù d'erger più in alto l'edifizio. (Art. LVI, LVII).

Art. CXCIII. Ma se il contratto esprimesse positivamente che la servitù di non alzare la casa è stata costituita appunto onde non vengano tolti al vicino con una fabbrica il prospetto, la luce e l'aria, sarebbe anche in tal caso permesso al padrone del fondo serviente il piantar alberi, o l'appendere in aria qualsivoglia altro oggetto? Certamente; imperocchè sebbene egli venga con ciò a togliere il prospetto, la luce e l'aria, ciò non si verifica tuttavia per effetto dell'alzamento dell'edifizio, unica cosa che gli è vietata, per cui non vien ad essere spogliato di verun altro diritto di proprietà, e in conseguenza nè meno di quello d'allevare alberi, o stendere in aria altre cose, essendo questi diritti, in generale, di gran lunga meno incomodi a'vicini, che non l'alzamento d'un fabbricato, non togliendo quelli mai interamente la luce, l'aria e il prospetto, ed altronde, neppure in ogni stagione dell'anno. Aggiungasi inoltre che la mera indicazione dello scopo pel quale vien costituita la servitù, non produce assolutamente ancor l'effetto, che si possano per ciò considerare per costituite le affatto diverse servitù, *di non togliere il prospetto, la luce e l'aria*, poichè il § 901, stabilisce la massima, *che il motivo o il fine del consenso espressamente*

apposto per condizione si considera come ogni altra condizione, *e senza di ciò simili dichiarazioni non influiscono sulla validità dei contratti a titolo oneroso*, la qual massima è però valida anche quando la servitù viene costituita a titolo gratuito (§ 711); (*a*). Dicasi ancor di più, che nel presupposto caso è stato letteralmente espresso solo tutto ciò, che intendevasi

(*a*) Qui temo l'obiezione che il § 901 contenga nel periodo finale un'aperta irregolarità, perchè dal suo tenore si desume chiaramente che il legislatore parte dal punto di vista come se riguardo agli atti d'ultima volontà avesse stabilita una norma tutt'affatto diversa, che non riguardo ai contratti onerosi, mentre, ponderando il § 711, che tratta dell'istessa tesi legale, si rimane convinti, che rispetto agli atti predetti viena stabilita pienamente la massima stessa, pronunciata nel primo periodo del § 901, relativamente ai contratti a titolo gratuito. Sarebbe qui fuor di luogo il discutere diffusamente questa obiezione. Io voglio dunque comunicare semplicemente il risultato delle mie idee. Nell'ultimo periodo del § 901, il legislatore non ha sott'occhio cosa sarebbe di diritto, qualora in una disposizione d'ultima volontà fosse espresso lo scopo del lascito, senza però che sia stato prefisso come obbligo, poichè in tal caso è di ragione appunto ciò che fu statuito dal primo periodo del § 901 rispetto ai contratti onerosi. Ma in questo egli riflette soltanto alla tesi: cosa sarebbe di diritto, quando fosse stata espressa l'intenzione, ma non stabilita per condizione, e allora vedrassi che la volontà è appoggiata unicamente ad un erroneo motivo. In questo caso ha però luogo una differenza essenziale fra contratti onerosi e gratuiti, i secondi dei quali sono da giudicarsi giusta le norme relative agli atti d'ultima volontà; mentre i primi restano validi, e i secondi all'opposto sono a senso del chiaro tenore del § 572, invalidi; e questo è dunque il § 1, ma non il § 711, quello cui si riferisce il § 901.

da sè tacitamente per l'indole della servitù. Ora ella è una massima attinta alla pura dottrina della volontà che una dichiarazione espressa di quanto è già inteso o compreso nella natura d'un contratto, non procura verun particolare diritto (§ 560).

Art. CXCIV. Dai premessi ragionamenti emerge, che sebbene a primo sguardo v'abbia l'apparenza che non si possa far distinzione alcuna fra la servitù di non erger più in alto l'edifizio, e quella di non togliere all'edificio dominante aria, luce e prospetto, pella ragione che la prima ha per iscopo il conseguimento dei tre menzionati vantaggi, sussiste nullameno fra esse una effettiva notabile differenza; mentre chi costituisce la prima servitù non può diminuire il prospetto, la luce e l'aria solo mediante un edifizio; ma chi all'opposto concede una delle tre altre servitù, non lo può con verun fatto, conseguentemente nè coll'ergere un edifizio, nè col piantar un albero, o col distendere altri oggetti.

Art. CXCV. Ma le stesse servitù di non togliere al vicino il prospetto, la luce, e l'aria distinguonsi fra loro, come si può inferirlo dall'averle il nostro legislatore stabilite per servitù separate (*a*). Mentre

1.° Chi accorda la servitù di non togliere al vicino la luce, dee tralasciare tutto ciò che diminuisce

(*a*) Questa discussione stante lo scopo da me dichiarato non forma argomento del presente trattato, e voglio in conseguenza accennare soltanto le più essenziali distinzioni.

i raggi di essa (*b*), o che procura perfino dell' ombra, comunque ciò avvenga, vale a dire, se piantando alberi, o sospendendo in alto qualche oggetto, alzando, ampliando, o abbassando un edifizio p. e. nel caso che il fondo dominante ricevesse la luce dal riverbero dei raggi del muro serviente che vuolsi atterrare (*c*).

Da ciò risulta che se il padrone del fondo dominante ha potuto fin ora vedere il cielo dall'ultimo angolo della stanza, la parte soggetta non può ergere una fabbrica per la costruzione della quale si potesse forse vedere il cielo soltanto stando nel mezzo della stanza medesima; poichè questa servitù è fondata nella promessa che non verrà diminuita in verun modo la luce.

Ma cosa sarebbe di ragione se venisse costituita illimitatamente questa servitù? sarebbe forse vietato alla parte serviente il togliere la luce anche a quelle parti del fondo dominante che non ne abbisognano. p. e. al cortile? Il § 484, dà l'opportuno schiarimento su questo particolare, mentre, dovendo le servitù, per indole loro, e per il fine della costituzione, essere ristrette, giova indagare il motivo pel quale furono costituite; se non si potesse verificarlo, convien risolvere il quesito all'appoggio dell'indole naturale che ha per base la servitù, e ch'è qualificata dal § 476;

(*b*) *L.* 15, *D. de S. U. P.*
(*c*) *L.* 17, § 1, *D. de S. U. P.*

vale a dire, che l'intenzione fu di non togliere all'edifizio, ma non contemporaneamente anche al cortile i raggi della luce. Potendosi riconoscerne lo scopo, ed essendo di natura tale da doversi arguire, che la luce dev'essere conservata anche per quello spazio, come p. e. l'acquirente della servitù se l'avesse procurata pel bisogno d'un qualche mezzo d'industria da esercitarsi nella corte, p. e. onde imbiancare le tele od asciugare le manifatture, non si potrà in alcun evento privar di luce nè meno quello spazio.

2.° La servitù di non togliere il prospetto distinguesi essenzialmente da quella di non toglier la luce dalla circostanza, che la prima è più vantaggiosa ed abbraccia diritti assai più estesi della seconda, mentre questa accorda un diritto unico, cioè che non venga diminuita la vista del cielo, quella inoltre, che non venga tolta la vista di qualsivoglia oggetto situato davanti al fondo dominante (*d*).

3.° La servitù di non togliere il giro dell' aria procura, in confronto delle altre mentovate servitù, il minor vantaggio; poichè si può benissimo supporre che un edifizio tolga il prospetto e la luce, senza che perciò venga pregiudicato alla circolazione dell'aria.

I molti quesiti che si potrebbero proporre intorno a questa servitù vengono in quest'opera sciolti a sufficienza in altra occasione, e segnatamente sotto le denominazioni *diritto proibitivo*, e *servitù negative*, indicate nel repertorio finale delle materie.

(*d*) *L.* 15, *D. S. U. P.*

INDICE DELLE MATERIE

DEI SINGOLI ARTICOLI

DEL NONO CAPITOLO

Dell' usucapione della Servitù



Art. CXCVI. *Anche le servitù vanno soggette tanto all' usucapione, quanto alla prescrizione*

CXCVII. *Per ottenere l' usucapione d' una servitù debbono aver luogo i medesimi requisiti voluti in generale dalla legge pella usucapione di altri diritti.*

CXCVIII. *La capacità dell' usucapione d' una servitù prediale dipende dalla capacità d' acquistare e di poter rendere di propria ragione il fondo dominante.*

CXCIX. *La capacità dell' oggetto dipende dalla qualità d' un diritto tale che possa, giusta le disposizioni di legge; essere acquistato.*

CC. *Cosa richiedasi perchè alcuno possa essere considerato possessore d' una servitù.*

32

CCI. *Per l' usucapione è necessario un giusto titolo.*
CCII. *Effetti della mancanza del titolo dell' antecessore, de' suoi eredi, e d' un successore.*
CCIII. *Per l' usucapione di una servitù richiedesi anche la buona fede.*
CCIV. *Deve inoltre per l' usucapione sussistere un possesso non vizioso.*
CCV. *Il periodo della prescrizione per usucapire una servitù viene regolato secondo la diversità dell' oggetto, delle circostanze accessorie, e della persona contro la quale comincia a decorrere l' usucapione.*
CCVI. *Pel compimento dell' usucapione d' una servitù richiedesi eziandio che non ne venga interrotto il possesso. Questa interruzione è, o naturale, ovvero*
CCVII. *civile, vale a dire, se prima che sia spirato il termine della prescrizione, cessasse qualche essenziale requisito dell' usucapione, cioè in primo luogo, qualora l' usucapiente riconoscesse il diritto dell' attore, oppure*
CCVIII. *secondariamente, quando il proprietario della servitù venisse provocato in giudizio dalla parte obbligata, prima che fosse trascorsa la prescrizione, nell' ipotesi però, che l' attore ne riportasse la vittoria.*
CCIX. *In terzo luogo, qualora una nuova legge vietasse l' acquisto di certi oggetti, ovvero la prescrizione verso certe persone.*

CCX. *Chi vuol usucapire, dee provare soltanto quei requisiti d'usucapione, che sono appoggiati ad una circostanza di fatto da esso allegata.*

CCXI. *L'usucapione compiuta, accorda solamente un diritto personale contro il temporaneo possessore ed i suoi eredi, ma non anche contro un particolare successore.*

DELL' USUCAPIONE

DELLA SERVITÙ

CAPITOLO NONO

Art. CXCVI. Che si acquistino le servitù in forza dell' usucapione, e che quelle già acquistate possano di nuovo cessare per effetto della prescrizione, è posto fuor d'ogni dubbio dal chiaro tenore dei §§ 480, 1469 e 1488. In amendue i casi sono applicabili le disposizioni stabilite nella III parte del Codice al Capitolo IV intorno alla prescrizione ed usucapione. Siccome però questa dottrina sembra a molti uomini della professione congiunta con delle difficoltà, e la sua applicazione alle servitù dev'essere molto giudiziosa e circospetta, così io voglio trattare anche quest'argomento, ma colla maggior brevità possibile.

Art. CXCVII. Quando si voglia acquistare il diritto di servitù mediante la prescrizione di esso, è un modo d'acquisto, che chiamasi *usucapione* (§ 1452).

È un modo d'acquisto a motivo che non trattasi soltanto della mera cessazione d'un diritto di proprietà che spetta al padrone del fondo serviente, ma al tempo stesso anche della traslazione del diritto nella parte dominante, anzi nel caso d' una servitù affermativa, si tratta del conferimento di esso p. e. nel diritto di pascolo, nel caso d'una servitù negativa, si tratta che non venga esercitato quel diritto senza il consenso della parte dominante, come p. e. nell'illimitato diritto di fabbricare competente a qualunque proprietario di fondo. (Art. XXXIV, XXXVIII). Questo modo d'acquisto vien chiamato usucapione perchè il diritto che ne deriva ottiensi mediante il continuo possesso del medesimo. (§ 312). Questo si manifesta, riguardo alle servitù affermative, coll'uso d'un diritto di proprietà sul fondo altrui, (§ 313 e la chiusa del § 475), e riguardo alle servitù negative, dalla circostanza che un proprietario di fondo permette che gli venga vietato un diritto di proprietà, che altrimenti sarebbe autorizzato ad esercitare (§§. 313, 476). È bensì vero, che nel secondo caso non ha luogo un materiale, quindi, come sogliono dire i civilisti, nemmeno un effettivo possesso. All'opposto non si può negare che non v'abbia un quasi-possesso, ed in conseguenza un possesso che si appalesa col diritto proibitivo, che viene rispettatodal padrone del fondo, il quale tralascia de'fatti contrarii, e nel caso di contravvenzione, in forza di quel diritto, col farlo rientrare nei stabiliti limiti coll'uso de'mezzi coattivi giudiziarj.

Gli elementi necessarii pella usucapione d'una ser-

vitù sono di regola, quelli stessi che richiedonsi per l'usucapione d'altri diritti; è necessaria, cioè oltre alla capacità della persona che pretende l'usucapione, e dell'oggetto che dev'essere usucatto, che quegli il quale vuol in tal modo acquistare una servitù, la possegga realmente; che il suo possesso sia giusto, di buona fede e non vizioso e continuato per tutto il periodo prefisso dalla legge (§ 1460). In massima nel caso d'usucapione debbono sussistere tutti quei requisiti che richiede la legge per validamente acquistare una servitù fuori del caso d'una usucapione, poichè in ambidue i casi trattasi di un'acquisizione: evvi la sola differenza che solo riguardo alla prima e non anche riguardo alla seconda, richiedesi un continuo possesso per un tempo determinato dalla legge. Il motivo della differenza consiste in ciò, che nell'ultimo caso si suppone, che si abbia acquistato il diritto della servitù dal vero padrone stesso del fondo serviente, quindi acquisito pienamente a bella prima senza bisogno d'un lasso di tempo che debba procurare il diritto alla servitù. I preaccennati requisiti abbisognano di qualche illustrazione.

Art. CXCVIII. Il primo requisito è la capacità della persona, che intende usucapire una servitù. Comecchè però le servitù prediali *sono congiunte col possesso d'un fondo pel più comodo e vantaggioso uso di esso* (§ 473), ne risulta, che chiunque è capace di acquistare un fondo, può ottenere coll'usucapione anche le servitù prediali (§ 1453). Ma trattan-

dosi dell' usucapione di una servitù che sia per sè prediale, e che non debba fondarsi a vantaggio d'un fondo, ma della sola persona dell' acquirente, (§ 479) è ognuno autorizzato ad acquistarla coll' usucapione, il quale non sia dalle leggi politiche espressamente escluso dal diritto d'acquisizione (§ 355). Del rimanente è tutt'uno, se il possesso della servitù, sia stato acquistato e continuato dallo stesso proprietario del fondo, od in suo nome da un terzo. (§§ 312, 315, 356). (Art. LXIII, LXVII, LXXI).

Art. CXCIX. Il secondo requisito per l'usucapione d'una servitù è la capacità dell'oggetto; ciò significa che esso dev' essere di natura tale da potersi acquistare il divisato diritto. (§ 1455). (Art. LXXIII-LXXVI). Conseguentemente tutte le servitù che acquistar si possono per contratto, per disposizione d' ultima volontà, sono eziandio oggetti d' usucapione; ed anzi senza distinzione se i possessori del fondo serviente siano privati, quindi persone fisiche o morali, vale a dire società minori, o intere comunità, o il Sommo Imperante medesimo (§§ 286, 20, 289): la differenza consisterà semplicemente nel requisito d' un periodo di prescrizione più lungo dell' ordinario (§§ 1457, 1472).

Art. CC. Il terzo requisito è, che quella servitù che si vuol conseguire in forza dell' usucapione, sia realmente posseduta da chi vuol per tal modo acquistarla. Ora essendo le servitù o affermative o negative, e le prime consistendo nell' esercizio d' un di-

ritto che il proprietario d'un fondo dee tollerare pel più comodo e più vantaggioso uso d'un altro fondo; (§ 472, 473, 475) le seconde nel diritto di proibire, in forza del quale il vicino dee tralasciare qualche cosa, che altrimenti avrebbe diritto di fare; (§ 476, 482) così è innegabile che può essere considerato per possessore d'una servitù affermativa soltanto quegli che col consenso del suo vicino, l'ha esercitata, ancor che una sol volta egli stesso in nome proprio (§ 312, 313), o mediante il suo procuratore (§§ 315, 355) (*a*). L'esercizio d'una sol volta non basterebbe che solo nel caso in cui si trattasse d'un diritto somigliante ad una servitù, per l'esercizio del quale ben di rado si verifica l'occasione; poichè in allora, a senso del § 1471, quegli che si appoggia all'usucapione, dovrebbe altresì provare che nel decorso di trent'anni si è presentata l'occasione per lo meno tre volte d'esercitare il diritto e che lo ha ogni volta esercitato. Qual possessore d'una servitù negativa è poi da considerarsi soltanto quegli, *che proibisce al vicino l'esercizio d'un diritto o ne lo impedisce*, *ritenuto che questi siasi acquietato alla proibizione o all'impedimento* (§ 1459, 313).

(*a*) Ciò vale tuttavia soltanto *propter servitutes discontinuas*, e non anche *propter continuas*; poichè consistendo quest'ultime in un edifizio, e la costruzione di esso portando seco l'irrevocabilità della servitù, (Art XCVIII. CVIII. CLXI.) ne risulta, che il compimento della fabbrica, quand'anche mancassero tutti i requisiti per l'usucapione, produce gli stessi effetti d'una usucapione compiuta.

Art. CCI. Il quarto requisito è, che il possesso della servitù sia giusto, quindi appoggiato ad *un valido titolo*, ossia a fondamento atto in diritto per acquistare la servitù, conseguentemente fondato in un contratto, in una disposizione d'ultima volontà, o in una sentenza di giudice (§§ 316, 424, 480, 1461). (Art. CLVIII-LX); ben inteso però nella supposizione che il contratto sia stato conchiuso con chi è creduto proprietario, che la servitù pervenuta per testamento sia stata legata da un presunto proprietario, e la sentenza pronunciata soltanto contro un supposto proprietario, poichè se si fosse acquistato il diritto contro il vero proprietario, non avrebbe bisogno della usucapione, ma sarebbe tosto pienamente acquisito.

CCII. Mancando il giusto titolo, la servitù non può giammai essere acquistata coll'usucapione nè dal possessore, e nè meno, di regola, da'suoi eredi (§ 1462). Un possesso appoggiato al decorso di trenta o quarant'anni porta però seco il vantaggio che vien presunta la sussistenza del giusto titolo. Questa presunzione perde tuttavia il suo vigore quando si provi contro il possessore la mala fede del possesso (§ 1477) (*a*). Gli

(*a*) Venendo provata contro il primo possessore della servitù la mancanza del titolo, è altresì perciò provata contro di lui la mala fede; mentre chi sa che non gli compete alcon fondato titolo alla servitù, è appunto possessore di mala fede (§ 326); p. e. se alcuno qual affittuario del fondo vicino, scaduto il contratto di locazione, continua ad esercitare il diritto di pascolo, od altro qualsivoglia diritto. Ma se poi si provasse contro un erede, che al suo antecessore non competeva alcon diritto, egli non è per questo convinto pos-

eredi, se al loro antecessore avesse mancato il titolo, possono acquistare mediante l'usucapione di trenta o quarant'anni, solo nel caso che si trovino in buona fede, quindi in non colpevole ignoranza, poichè per questo straordinario periodo d'usucapione non v'è bisogno d'alcun titolo (§§ 1463, 1477, 1493). Un terzo che assume il fondo dominante e con esso l'esercizio della servitù in modo giusto e di buona fede, non è veramente autorizzato a computare il tempo d'usucapione del primo possessore di mala fede, ma bensì quello de' suoi eredi, purchè il loro possesso sia stato di buona fede, non già nell'usucapione ordinaria, ma nella straordinaria dei trenta o quarant'anni, poichè dentro questo periodo erano anche gli eredi di buona fede in diritto di compiere la usucapione (§ 1493). Succederà per altro ben di rado in un successore giusto e di buona fede, che egli nel presupposto caso possa giovarsi con profitto della computazione dell'usucapione, essendo egli altronde autorizzato a cominciarla dal giorno del suo possesso nel più breve periodo di tre anni, nell'ipotesi che l'atto d'acquisto sia stato inscritto nei pubblici libri (§ 1463). Sarebbe una eccezione soltanto qualora per terminare la prescrizione di trent'anni, ne

sessore di mala fede; mentre chi continua ad esercitare una servitù, perchè fu esercitata dall'antecessore, lo fa, perchè secondo la massima contenuta nel § 323 milita pell'antecessore la legale presunzione d'un valido titolo; conseguentemente anche l'erede ritiene per motivi verisimili suo il diritto ch'esercita, la qual circostanza lo fa comparire possessore di buona fede (§ 326).

mancassero meno di tre, p. e. due soli, perchè gli eredi si trovavano nel possesso della servitù per 28 anni, mentre in tal caso il successore legittimo compirà il tempo della usucapione anche col decorso di due anni (§ 1493) (*b*).

(*b*) Quest'articolo contiene molte osservazioni, le quali abbisognano d'una illustrazione circostanziata, poichè la maggior difficoltà nasce dal § 1462, il quale dice: che *il possessore che non ha un giusto titolo, non può mai acquistare mediante l' usucapione, e gli eredi che lo rappresentano non honno un titolo migliore*; d' onde sembra emergere la convincente prova, che mancando il giusto titolo, l'erede non possa del pari mai, quindi nè men entro il periodo di trenta o quarant'anni acquistare coll' usucapione. Comechè però a senso del § 1477, soltanto la provata mala fede, ma non l' illegittimità del possesso, esclude l' usucapione di trenta o quarant'anni; e siccome altronde il § 1493 esprime chiaramente: *che nell' usucapione dei trenta o quarant' onni lo computazione ha luogo onche senza giusto titolo*, io ritengo d'aver fornita una prova incontrastabile a ciò, che se mancava all' antecessore il titolo, i suoi eredi di buona fede possano acquistare mediante l' usucapione, non entro l' ordinario periodo della prescrizione di tre anni, ma bensì nello straordinario dei 30 o 40 anni. Potrebbe forse sembrare (però solo a chi non è giurisperito) che il legislatore nel § 1462 non faccia verun conto del titolo del diritto d'eredità che milita in favor degli eredi, in tempo ch'esso viene da così tanti passi di legge dichiarato per un titolo. Ciò è pur troppo vero, ma non senza distinzione. Riguardo ad un terzo il quale voglia far valere un diritto di successione ad un' eredità, questo diritto ereditario: è assolutamente da ritenersi qual titolo sussistente per sè medesimo, ma non riguardo alle singole cose o diritti che lo stesso testatore ha trattati come suoi proprj, il possesso dei quali viene continuato dall'erede; poichè *riguardo od essi l'erede rappresenta il testatore, ed amendue, rispetto al terzo, si considerano come una sola persona*

Art. CCIII. Il quinto requisito consiste nel possesso di buona fede. Chi dunque vuol acquistare una servitù mediante l'usucapione, dee, per motivi verosimili, supporre che gli sia stata costituita la servitù del vero proprietario del fondo serviente (§§ 326, 1463); la mala fede dell'anterior possessore non impedisce tuttavia ad un successore od erede di buona fede d'incominciare l'usucapione dal giorno del suo possesso (§§ 1463, 1493).

Art. CCIV. Il sesto reqnisito è, che il possesso

(§ 547). Sotto questo rapporto non vale dunque il diritto di successione qual titolo particolare, ed a ciò tendono le parole del § 1462: *i loro eredi rappresentano il testatore* e *non hanno un titolo migliore*. Di grande importanza è qoesta teorica distinzione nelle sue conseguenze, mentre se si tratta della usocapione d'un diritto già posseduto dal testatore, per compir la quale richiedesi forse il periodo di trent'anni, può succedere che siffatta usucapione venga terminata dagli eredi forse continuandone il possesso per un anno solo, qualora cioè vi avesse mancato ancora questo breve tempo. Ma se all'opposto l'erede voole acqoistare per mezzo della usucapione il diritto d'eredità, l'usucapione comincia dal giorno della morte del testatore, poichè in questo caso trattasi, non già della continuazione d'un diritto, ma bensì di acquistar un diritto contro terze persone, alle quali spetta un diritto ereditario prevalente o comune, nè può in tal caso terminare l'usucapione, presupposto ch'egli trovisi in buona fede, se non che col decorso di trent'anni; poichè il diritto di eredità non può andar per lui perduto altrimenti in tutto o in parte, se non quando nn terzo provi contro di lui d'avere nn prevalente oppur uguale diritto di succedere (§ 823). In un simile caso, cesserebbe dal suo canto il titolo, mancando il quale si può conseguire un diritto mediante l'usucapione soltanto spirato il termine di 30 anni. (§§ 1477, 1493).

non sia vizioso, (§ 1464) e ciò significa che *il proprietario della servitù non dee essersi impadronito con violenza con dolo, precariamente , o intruso clandestinamente in possesso della medesima nè aver tentato di cambiare in un diritto permanente ciò che gli è stato conceduto soltanto per favore senz'obbligo di continuarglielo* (§ 345). Mentre se il possesso di mala fede e senza giusto titolo impedisce l'usucapione, lo deve tanto più un possesso vizioso, il quale presuppone, non solamente una mala fede ed illegittimità, ma al tempo stesso un fatto reo, quindi deve portar seco in ogni evento le stesse dannose conseguenze che debbono essere congiunte con quelle due specie di possesso, come p. e. che nè lo stesso possessore vizioso, nè i di lui eredi possano acquistare mediante l'usucapione (§ 1464). Ma se gli eredi si trovassero in possesso di buona fede, io credo ch'essi a malgrado della generalità dell' anzidetto §, possano da loro cominciare l'usucapione, e terminarla col decorso di trenta o quarant'anni, perchè i posteriori §§ 1477 , 1493, escludono dalla usucapione dei trenta o quarant'anni soltanto il possessore di mala fede; altronde l'erede di un possessore vizioso può benissimo essere creduto possessore di buona fede (Art. CCI, CCII).

Art. CCV. Il settimo requisito è il decorso del tempo stabilito dalla legge (§ 1465). Esso è diverso secondo l' oggetto, le circostanze accessorie , non che la persona contro la quale dee aver luogo l'usucapione, mentre

A. Se la servitù è inscritta nei pubblici libri in nome di quegli che si appoggia alla usucapione, la servitù, supposto che sussistano tutti gli altri requisiti dell'usucapione (§ 1460), si acquista fra tre anni (§ 1469).

B. Ove non esistono ancora libri pubblici regolarmente stabiliti, o che la servitù non vi sia inscritta, oppure che lo sia anche effettivamente, ma però manchi il giusto titolo, il possessore di buona fede può, mediante l'usucapione, acquistarla soltanto col termine di trent'anni (§§ 1470, 1477, 1493).

C. Se trattasi d'una servitù, o di diritti consimili che possono venir di rado esercitati, p. e. del diritto di obbligare alcuno a concorrere alla spesa della costruzione d'un ponte, d'una strada o passatojo (§ 494), chi sostiene l'usucapione deve, oltre al decorso di trenta anni, provare al tempo stesso che in questo interstizio si è verificato per lo meno tre volte il caso d'esercitare il diritto, e che venne realmente cadauna volta esercitato (§ 1471) (*a*). I tre or motivati periodi della prescrizione vengono dalla legge chiamati col nome di

(*a*) Il senso di detto § è senza dubbio questo: che l'usucapione debba cominciar a decorrere dal primo esercizio; che inoltre, se durante lo spazio dei trent'anni si fossero verificate più di tre occasioni per l'esercizio, e non si avesse fatto uso di tutte tre, p. e. non della terza, venga perciò interrotta l'usucapione, e possa quindi ricominciar di nuovo solo dal momento che succede un altro incontro per l'esercizio, e allora che l'uso durante il periodo di trent'anni abbia luogo ogni qualvolta si presenta l'occasione, ed in ogni evento però almeno tre volte.

termine di usucapione ordinario cioè prefisso per regola generale; i periodi della prescrizione qui appresso indicati che si scostano dalla regola generale, chiamansi col nome di termine dell'usucapione straordinario.

D. Contro il fisco, e così contro gli amministratori dei beni delle chiese, delle comunità ed altre lecite corporazioni, il possesso delle servitù prediali, ancorchè inscritte nei pubblici libri in nome del possessore, dev' essere continuato per lo spazio di quarant'anni. (§ 1472). E quand' anche colle prenomate persone si trovasser in comunione del fondo serviente anche altri privati, richiederassi egualmente l'anzidetto periodo d' usucapione (§ 1473).

E. Succedendo una totale sospensione dell'amministrazione della giustizia, p. e. in tempo di peste e di guerra, come pure il possessore del fondo soggetto si trovassi assente per il servizio civile o militare, tali casi sarenno, non solo di ostacolo a cominciare l'usucapione, ma fintanto chedura l'impedimento anche a continuarla (§ 1496), vale a dire questo interstizio non potrà essere minimamente computato. Per altro l'assenza del proprietario dalla provincia in cui è situata la cosa, è di ostacolo all' ordinaria usucapione e prescrizione, in quanto che il tempo dell'assenza volontaria e non colpevole si computa soltanto per metà, cioè un anno per sei mesi. Non si ha però riguardo a' brevi intervalli di assenza che non durarono alcun intero anno e continuo, e in generale non può il tempo estendersi tutt'assieme che fino ai trent' anni. L' assenza

colpevole non ha il benefizio d' eccezione alcuna dall' ordinario termine della prescrizione (§ 1475).

F. Contro que' proprietarj del fondo serviente, i quali per difetto delle loro facoltà mentali sono incapaci a difendere da sè i loro diritti, p. e. contro i mentecatti, o gl' imbecilli, non può l'usucapione aver principio, fino che non siano costituiti a queste persone legittimi rappresentanti. Ma tosto che il periodo della usucapione, o prescrizione abbia cominciato (sia perchè abbia avuto principio contro l'antecessore, o contro l'incapace, cui sia stato nominato un rappresentante), decorre bensì, ma non può compiersi che fra due anni dopo cessato l' impedimento (§ 1494.) (*b*)

G. Fra conjugi, fra i figli ed i genitori, più fra i minori, ed i loro tutori non può la usucapione nè aver principio nè proseguire fintanto che dura il vincolo conjugale, la potestà patria e quella della tutela (§ 1495).

Art. CCVI. 1.° L' ottavo requisito è che il possesso della servitù debbe senza interruzione continuarsi per tutto il tempo prefisso dalla legge. (§ 1460). L' interruzione può succedere in varie maniere: 1.° Per l' ef-

(*b*) Siccome il menzionato § parla unicamente di persone, le quali *sono incapaci d' amministrare da se i loro diritti per mancanza delle loro facoltà mentali*, nè possono in questa classe contemplarsi i dichiarati prodigi, così non sarà nè meno contro costoro impedito il principio, nè il compimento del termine dell' usucapione e prescrizione. Che veglino da loro stessi ai loro diritti, non mancando loro nè la facoltà mentale, nè la necessaria attenzione.

fettiva, ossia così detta naturale interruzione del possesso (*per usurpationem naturalem*). Questo caso si verifica: *riguardo alle servitù affermative, quando il padrone del fondo serviente più non soffre l'esercizio della servitù; e rispetto alle servitù negative, quando la parte obbligata non ha più riguardo al divieto d'astenersi da qualche cosa, ed il possessore in amendue questi casi s'acquieta, e non promuove azione veruna per conservare il possesso* (§ 351), poichè in tal guisa cessa il possesso della servitù (§§ 312, 313), e il padrone del fondo serviente ritorna di nuovo in potere della sua originaria libertà naturale.

La conseguenza di questa interruzione è che si preterisce dall'incominciata usucapione, e che se l'anteriore proprietario della servitù giungesse col tempo di nuovo al possesso della medesima, egli dee continuarlo ancora per l'intero periodo della prescrizione fissato dalla legge, perchè nel presupposto caso andò, secondo la chiara disposizione del § 351, non che della glosa in margine a detto § ed al § 349, perduto il possesso della servitù, e in conseguenza anche giusta il tenore del § 1460, un requisito principale della usucapione (*a*).

La naturale interruzione produce quest'effetto anche nel caso che sia avvenuta per violenza, o per dolo

(*a*) Non temo l'obbiezione, che a senso del § 1497, l'interrompimento della usucapione non si estenda anche all'interruzione naturale; poichè siccome il nostro Codice, in generale, mai si ripete, sarebbe anche stato del tutto superfluo il pronunciare in questo § una massima tanto chiaramente espressa nel § 351.

(§ 345), nell'ipotesi che il proprietario della servitù vi si acquieti (§ 351); imperciocchè dal lato di chi la intraprende, non trattasi già di acquistare mediante l'usucapione un diritto il quale richiede unicamente un possesso giusto, di buona fede e non vizioso (§§ 1460, 1464); ma trattasi per parte del padrone del fondo serviente di liberarsi del peso d'una servitù che illegalmente sussiste, vale a dire di ricuperare la libertà naturale: egli agisce dunque propriamente in buona fede, perchè si presume che l'altro voglia impadronirsi del diritto della servitù soltanto mediante l'usucapione, che in conseguenza non gli competa diritto alcuno. È inoltre da riflettersi, che la cessazione per effetto della prescrizione perfino d'una servitù che sussiste validamente, ha luogo *anche pel semplice non uso* (§ 1478), *e in conseguenza anche senza buona fede o non colpevole ignoranza* (§ 1493), anzi stando al chiaro tenore del § 1488, *la servitù si prescrive senz'altro se la parte obbligata si è opposta all'esercizio e quegli cui competeva il diritto non lo abbia fatto valere dentro tre anni continui* (Art. CCXII).

Art. CCVII. 2.° Opposta all'interruzione naturale è la civile, vale a dire quando non s'impedisce già l'esercizio della servitù, ma cessa un essenzial requisito dell'usucapione. Ciò avviene primieramente *quando il presunto proprietario della servitù, prima che scada il tempo della prescrizione, ha riconosciuto espressamente o tacitamente che non gli compete verun diritto alla servitù* (§ 1497); vale a dire, *quando egli abbia*

dichiarato o con parole, o con segni universalmente ricevuti, o con fatti tali che, ponderate tutte le circostanze, non lasciano alcun ragionevole motivo di dubitare (§ 863), che non gli spetta diritto alcuno alla medesima. Un esempio di una tacita ricognizione è, se il proprietario del fondo serviente facesse conoscere al possessore della servitù i motivi dai quali apparisce l'illegalità del suo esercizio, e questi senza riconoscere apertamente il suo torto, interrompesse tosto l'esercizio, p. e. ritirando il suo bestiame dal pascolo ove trovasi, nulla importando s'egli tosto dopo si rimettesse di nuovo in possesso della servitù. Questa interruzione chiamasi civile (*usurpatio civilis*), perchè dessa non interrompe già il possesso naturale, a meno che non vi venga contemporaneamente rinunziato, ma porta la conseguenza, che vien a mancare un requisito voluto dalla legge civile, cioè la buona fede, ciocchè produce l'effetto, che non viene minimamente computato il tempo della usucapione già trascorso, mentre chi riconosce il diritto altrui, non può allegare alcun possesso di buona fede (§ 326), e la mancanza di requisito impedisce l'usucapione (§ 1463); ma s'egli in seguito con tutto ciò non cessa d'esercitare la servitù, sarà di ragione quanto si è motivato all'Art. CCII-CCIII in merito all'usucapione appoggiata ad un possesso di mala fede.

Art. CCVII. Il secondo modo d'interruzione civile succede quando il possessore della servitù *viene dalla parte obbligata citato in giudizio e l'azione è regolarmente continuata* (§ 1497), ben inteso che l'azione

venga dichiarata sussistente con sentenza passata in giudicato. Questa interruzione chiamasi egualmente civile poichè l'insinuata azione non distrugge il possesso naturale, ma è semplicemente causa che non venga compiuto il termine della prescrizione stabilito dalla legge, perchè l'attore si vale del suo diritto prima che sia spirato il tempo della prescrizione (*a*).

Ora si ricerca se s'interrompa l'usucapione dal giorno in cui l'azione è stata presentata in giudizio, o soltanto da quello in cui venne intimata alla parte. Questo quesito è importante; mentre nel secondo caso ne verrebbe di conseguenza, che se il proprietario della servitù compisse l'usucapione dei trent'anni (§ 1469) il 10 dicembre, ed il padrone del fondo serviente insinuasse la sua azione il giorno 8, e che venisse poi intimata al reo convenuto soltanto il 12, si dovrebbe considerare per compiuta l'usucapione, avendo questa, combinata con tutti i requisiti voluti dalla legge, raggiunto il suo termine col giorno 10, mentre un'azione ancor da intimarsi, quindi non ispezionata dell'avversario, non può far perdere la buona fede in cui egli vive. Se si esamina il § 338, questa presupposizione apparisce giusta esprimendo esso: *che il possessore di buona fede è da considerarsi come un possessore di*

(*a*) Per altro io non sono d'avviso che questo modo d'interruzione abbia il suo fondamento nella mala fede che subentra per parte del possessore, il quale dal tenore della petizione dee convincersi dell'illegittimità del suo possesso; poichè, com'io tosto proverò, questo fondamento conduce ad un'assurda asserzione.

mala fede dal giorno in cui gli fu intimata la petizione. Ciò malgrado è fuor di dubbio che l'usucapione s'interrompe colla semplice insinuazione dell'azione, senza riguardo al giorno in cui fosse stata intimata, perchè a tal effetto il § 1497 null'altro richiede, se non che il possessore venga prima della scadenza del termine della prescrizione provocato in giudizio, ciò che si verifica colla vera insinuazione del libello. Questa tesi è posta fuor d'ogni dubbio anche dal § 32 della Patente d'intavolazione del 22 marzo 1794, colla quale fu fissata la massima, *che l'azione d'opposizione con cui si vuol impugnare la validità d'un documento inscritto nei pubblici libri, debba insinuarsi prima che scada il tempo della prescrizione.*

Non può dunque dipendere dalla circostanza se l'azione venga effettivamente intimata dentro lo stesso periodo di tempo, nè ciò può per nulla importare, poichè l'attore ha fatto valere il suo diritto dentro il termine legale, quindi non è in suo pregiudizio spirato il termine della prescrizione. Per ciò poi che risguarda l'intimazione dell'azione, quest'è un fatto del giudizio, dal di cui lento andamento non si può far dipendere verun privato diritto.

Da ciò risulta al tempo stesso, che il fondamento di questo modo d'interruzione, non è già da ricercarsi nella verificatasi mala fede di chi vuol acquistare mediante l'usucapione, ma soltanto nella circostanza, che l'attore si è giovato del proprio diritto prima che spirasse il termine della prescrizione, che per conseguenza

venne interrotta. In quanto al menzionato § 338, esso non contrasta colla mia asserzione; poichè la diversità degli oggetti che hanno per fondamento i due §§, doveano portar seco disposizioni dissimili; il § 338 non contempla già un caso d'usucapione, ma soltanto la tesi: da qual'epoca sia il possessore di buona fede da trattarsi a parità d'un possessore di mala fede per riguardo al risarcimento degli utili e del danno, come anche delle spese; e qui la risposta non potea sortire altrimenti, se non che ciò deve aver luogo da quell'epoca in cui vien ad essere possessore di mala fede, la qual cosa si effettua, non già colla mera insinuazione, ma bensì colla intimazione della petizione, poichè solo mediante l'esame di essa viene ad essere informato dell'avversaria pretesa (§ 326). Viceversa il § 1497 tratta il quesito: da qual'epoca venga interrotta l'incominciata usucapione, e la risposta non potea essere d'altro tenore, se non che ciò si verifica dal momento in cui l'attore si vale del suo diritto, cioè a dire da quello in cui presenta la propria azione. Mentre, siccome cadauna usucapione contiene in sè anche la prescrizione, (§ 1452), e quest'ultima consiste nel non uso d'un diritto per tutto il periodo fissato dalla legge (§ 1478), così non si può sostenere, avendo l'attore insinuata l'azione prima che scada il termine della prescrizione, ch'egli non abbia fatto uso del suo diritto.

Che poi l'usucapione non s'interrompe quando l'azione viene da una sentenza passata in giudicato

dichiarata insussistente, è cosa evidentissima (§ 1497), perchè il torto non può essere sorgente di alcun diritto. Da ciò risulta pure, che se durante una simile temeraria lite un terzo, trascorso però il termine della prescrizione, presentasse un'azione di diritto, non potrebbe assolutamente sostenere che il termine della prescrizione non sia contro di lui spirato a motivo di quella interruzione, militando particolarmente contro di lui l'obbiezione che una causa pendente fra altre persone non può procurargli alcun vantaggio (§ 12. (*res inter alios acta et judicata reliquis non prodest nec obest*) (*a*).

(*a*) Ma basterà forse per ottenere l'usucapione la buona fede da principio, e non pregiudica forse una successiva mala fede? Rileva distinguere; se la mala fede si manifesta mediante una espressa o tacita ricognizione della illegittimità del possesso, s'interrompe, giusta la chiara disposizione del § 1497, anche l'usucapione, ma non così in qualsivoglia altro caso, p. e. se il padrone del supposto fondo serviente fa conoscere al possessore della servitù le prove più convincenti del suo illegale esercizio, e che questi non riconosca la sua illegittimità nè espressamente, nè tacitamente, e in conseguenza non interrompa l'esercizio, e ciò anzi malgrado che verso terze persone egli avesse riconosciuta, p. e. con lettere, l'illegittimità del suo possesso. Il motivo ne è, perchè secondo il preciso tenore del § 1497, s'interrompe la prescrizione solo allorchè quegli il quale vuole allegarla, riconosca o espressamente o tacitamente, prima dalla scadenza del termine della prescrizione, il diritto dell'altro, ben inteso verso di lui medesimo, o del suo procuratore, come può ad esuberanza desumersi dal § 110 del Regol. Giud. G. (Trad. it. 166). In senso giuridico si cade dunque in un possesso di mala fede soltanto in forza di quella ricognizione. Certo però che in simil caso manca la morale buona fede, ma non in faccia dell'avversario, verso

Art. CCIX. Il terzo modo d'interruzione civile si verifica in forza d'una nuova legge, la quale vietasse l'usucapione di certi diritti a tutte od a certe classi di cittadini, o contro certe persone, p. e. contro il fisco, essendo affatto lo stesso, se la legge proibitiva abbia già originariamente sussistito, vale a dire all'epoca del primiero esercizio del diritto, oppur emani solo un momento prima che spiri il termine della prescrizione, come l'ho dimostrato nel primo volume del mio commentario al Codice civile nell'osservazione 5-8 al § 5, mentre se la legge proibisce l'acquisizione d'un diritto, non si può più compire nè meno l'usucapione, consistendo l'acquisizione appunto nel termine della medesima.

Nè si potrà opporre in contrario, che siccome al sesto periodo della patente di promulgazione del Codice è detto espressamente, che *l'usucapione o la prescrizione incominciata avanti che abbia avuto vigore questo Codice dovrà essere giudicata secondo le leggi*

cui non è seguita veruna confessione, ed a cui per conseguenza non ne ridonda alcun diritto, dovendo ascrivere a colpa propria, se prima della scadenza del periodo della prescrizione, non ha provocato nè una confessione, nè spiegato in giudizio il proprio diritto, per cui vi ha tacitamente rinunciato; il qual riflesso non è sfuggito neppure a quegli che volea ottenere l'usucapione, essendo per quella ricognizione caduto bensì in un possesso di mala fede in senso morale, ma non in senso giuridico. Risulta da ciò che nel concreto caso ha luogo la regola giudiziaria. *Sufficit bona fides initialis, et non nocet mala fides superveniens nam licet non sit in bona fide theologica, est tamen in bona fide juridica constitutus.*

anteriori, nulla implichi, se una legge proibitiva posteriore sottrae all' usucapione certi diritti, essendo quest' asserzione appoggiata ad un errore manifesto, mentre una legge proibitiva, in virtù della sua qualità, toglie la facoltà legale di poter intraprendere ulteriormente ciò che viene proibito, ancorchè tal diritto fosse stato acquistato prima dell' emanazione della nuova legge (§§ 878, 880).

La patente di pubblicazione è dunque da circoscriversi all' unico caso in cui si trattasse d' una usucapione tale che sia permessa anche secondo il codice attuale, ma non di una che viene da esso vietata. Questa interruzione, chiamasi parimenti civile, poichè è ben agevole il supporre, che a malgrado della legge proibitiva, continui l'esercizio della servitù; l' usucapione però in lingua giuridica dee considerarsi per interrotta, perchè giusta il tenore della legge inibitiva, cessa la capacità dell' oggetto, che sarebbe da acquistarsi mediante l' usucapione, oppure qualche altro requisito (*a*).

Art. CCX. Ora dovranno forse provarsi i mentovati otto requisiti dalla parte che gli allega? La risposta è contenuta nella notoria massima : si dee provare soltanto ciò ch'è di fatto (§ 104 del Reg. Giud. G.), (Trad. ital § 160).

Da ciò risulta, che non si debbono provare il primo e secondo requisito, cioè la capacità della per-

(*a*) Havvi ancor una specie d'interruzione civile di cui tratterò all' Art. CCXXV.

sona e dell'oggetto, poichè amendue queste capacità sono fondate negl'innati diritti naturali *che si avranno per sussistenti fin a tanto che non venga provata una legale restituzione di questi diritti* (§ 17). *Ha perciò il carico della prova chi pretende che ad una persona che vuole far un acquisto, osti un impedimento di legge o per ragione d' incapacità personale o per riguardo alla cosa da acquistarsi* (§ 356). Il terzo requisito, cioè il possesso della servitù, dev'essere provato, poichè il possesso si fonda sopra fatti. Ciò vale per la stessa ragione pel quarto requisito del valido titolo, sia che si appoggi l'usucapione al periodo di trenta o quarant'anni (§ 1477, 1493). Il quinto e sesto requisito cioè della buona fede, e del possesso non vizioso, non abbisognano di prova (§ 17), perche la mala fede ed il vizio sono fondati sopra fatti, e questi debbono sempre provarsi da chi allega, per conseguenza dall'avversario, e se questi non fornisce una piena prova, nel dubbio, ha luogo la presunzione della buona fede, e tanto più dunque per il possesso non vizioso (§ 328).

Il settimo requisito, vale a dire la continuazione del possesso per il tempo fissato della prescrizione dee provarsi, di regola, dal possessore; con riguardo però alle eccezioni motivate agli Art. CIX-CXII, poichè in simil caso egli si riferisce ad una circostanza di fatto. All'opposto egli non deve provare l'ottavo requisito del possesso non interrotto, perchè la interruzione è fondata sopra fatti; spetta quindi all'avversario che gli allega il provarli.

Art. CCXI. La compiuta usucapione della servitù gli procura soltanto un titolo, conseguentemente un mero diritto personale contro l'attuale proprietario del fondo serviente (§ 480) (Art. CLX), ed i suoi successori che rappresentano la persona del testatore e sono quindi considerati per una persona (§§ 477, 550). Vuol'egli acquistare un diritto reale in faccia a tutti i futuri possessori del fondo? egli dee presentare l'istanza contro il proprietario attuale per l'aggiudicazione della servitù, e fare inscrivere nei pubblici libri l'aggiudicato diritto (§ 481, 1498). S'egli tarda colla domanda d'inscrizione della riportata sentenza, non potrà far valere il diritto della servitù contro quegli, che sulla fede de'libri pubblici acquistasse il fondo serviente prima che fosse inserito il diritto acquistato in forza dell' usucapione (§ 1500); poichè, siccome tanto il diritto derivante dall' usucapione, quanto da una sentenza (§§ 317, 380, 424, 480), accorda sempre soltanto un titolo, quindi un mero diritto personale, si può anche farlo sempre valere soltanto contro una determinata persona, che sia fino a quel momento il possessore; beninteso però, che se questi alienasse il fondo serviente senza pattuire col compratore l' accollazione della servitù, egli sarà obbligato verso il proprietario della servitù al risarcimento del danno (§§ 430, 1295.

INDICE DELLE MATERIE

DEI SINGOLI ARTICOLI

DEL DECIMO CAPITOLO

Della prescrizione della Servitù



Art. CCXII. *Per la prescrizione di una servitù null' altro richiedesi, se non che il non uso d' un diritto che avrebbe potuto per sè esercitarsi; chi dunque si riferisce alla prescrizione, può in ogni evento trovarsi in istato di mala fede, ed aver anche usata una violenza.*

CCXIII. *La prescrizione di una servitù ha luogo quand' anche quegli che la allega non siasi opposto all' esercizio della servitù.*

CCXIV. *Per opposizione intendesi anche un espresso divieto, e qualunque impedimento.*

CCXV. *La prescrizione contro il diritto di poter esercitare la servitù in diversi modi a piacimento, incomincia a decorrere dall' epoca in cui si è vietato quel diritto o impedito, senza che vi sia bisogno dei requisiti per l' usucapione.*

CCXVI. *Non si può già opporvi, che il torto non può accordare alcun diritto.*

CCXVII. *Il diritto di proibire o d'impedire i diritti d'un uomo sui fatti e sulle cose proprie, dev'essere acquistato mediante l'usucapione, nè si può in questo particolare supporre il caso di una semplice prescrizione.*

CCXVIII. *Cosa sia di ragione trattandosi d'un diritto che viene di rado esercitato.*

CCXIX. *Contro quali persone richiedasi per la prescrizione un periodo di quarant'anni.*

CCXX. *Cosa sarebbe di diritto nel caso d'una sospensione nell'amministrazione della giustizia, o d'assenza del proprietario della servitù.*

CCXXI. *Quando venga impedita la prescrizione.*

CCXXII. *L'interruzione naturale del termine della prescrizione, ha luogo quando il proprietario della servitù ne faccia uso prima che spiri il termine della prescrizione.*

CCXXIII. *L'interruzione civile della prescrizione è triplice come quella dell'usucapione.*

CCXXIV. *La prescrizione terminata accorda soltanto un diritto personale; il diritto reale della servitù cessa soltanto colla cancellazione di esso dai pubblici libri.*

CCXXV. *Il cambiamento di possesso del fondo dominante è parimenti una interruzione civile della prescrizione ed usucapione.*

CCXXVI. *In generale il cambiamento del possessore del fondo porta seco, di regola, tanto l'interruzione della prescrizione, quanto anche dell'usucapione.*

DELLA PRESCRIZIONE

DELLA SERVITÙ

CAPITOLO DECIMO

Art. CCXII. Se una servitù in vigore dee andar perduta in causa di omesso esercizio entro un certo tempo stabilito dalla legge, chiamasi assolutamente prescrizione, ed appartiene ai modi con cui si estinguono i diritti e gli obblighi (§ 1451). Onde essa abbia luogo, basta unicamente che il diritto che avrebbe potuto per sè esercitarsi, non sia stato esercitato per il tempo stabilito dalla legge, (§ 1478) senza che vi debbano concorrere gli altri requisiti voluti per l'usucapione (§ 1460). Chi vuol far valere la prescrizione, non ha dunque bisogno di essere autorizzato all'acquisto di quella servitù, che intende far cessare. Sebbene p. e. il padrone d'un fondo soggetto ad una signoria fosse, in forza della patente sulla caccia, incapace del diritto di cacciare, egli lo può nulla meno prescrivere contro la signoria medesima, poichè egli

non vuole già acquistarlo per sè medesimo, ma soltanto affrancare il suo fondo dalla servitù inerentevi, essendo permesso ad ognuno il sottrarsi agli obblighi che sussistono. Nel caso della prescrizione non è tampoco da valutarsi la qualità della servitù e con essa la capacità dell'oggetto (§ 1455), mentre si tratta soltanto della estinzione d'una servitù. Una eccezione potrebbe essere solo quando le leggi politiche proibissero la prescrizione di certi diritti, p. e. competenti a signorie sopra fondi soggetti per titolo di sudditanza. Nel caso della prescrizione, non si può giammai parlare di possesso, poichè quegli che prescrive, non si rimette già in alcun possesso; e non è che il possessore della servitù che rinuncia al suo diritto col non farne uso. Chi pretende la prescrizione, non ha bisogno di verun titolo, nè di buona fede (§§ 1478, 1488, 1493). Sappia egli quanto vuole che il proprietario della servitù contro cui cerca far valere la prescrizione, la possegga legittimamente; questa sua scienza non può pregiudicare alla sua mira, perchè il fondamento della prescrizione consiste unicamente nel non uso d'un diritto, che avrebbe per sè potuto esercitarsi durante il periodo stabilito dalla legge (§ 1478), dal che nasce la presunzione che la parte dominante vi abbia rinunciato. Che sebbene un possesso vizioso impedisca assolutamente l'usucapione, (§ 1464) non nuoce punto al corso della prescrizione, se la parte obbligata si sottrae in modo vizioso, p. e. violento al peso della servitù; e si procura così la libertà del suo fondo,

vi guadagna essa anzi, come proverò all' Art. CCXIII, se la sua opposizione ha prodotto il non uso, perchè in tal caso essa compirà la prescrizione dentro tre anni, (§ 1488) giacchè diversamente non potrebbe terminarla che col decorso di trenta (§ 1479). Il motivo della differenza consiste in ciò, che nel caso d'un semplice non uso, la presunzione non milita tanto apertamente pella rinunzia della servitù, come quando da canto della parte serviente sia preceduto un contegno vizioso, e in conseguenza violento o malizioso; giacchè in quest' ultimo frangente, è noto al possessore della servitù che la parte obbligata macchina l'annullazione della servitù; anzi s'egli si acquista al vizioso contegno, e non promuove azione veruna per conservare il suo possesso, egli rinuncia al possesso della servitù con un atto che non lascia alcun dubbio, (§ 863) e tollera che l'avversario pervenga al possesso del suo fondo divenuto libero (§§ 1459, 1482).

Tutt'altro aspetto ha la cosa nel primo caso in cui il padrone del fondo serviente nulla intraprese dal che si possa arguire la sua intenzione di distruggere la servitù, ma che il possessore di essa ha ommesso semplicemente di valersi del suo diritto, per cui è applicabile la massima pronunciata dal § 351, *che col solo non uso d'un diritto non si perde il possesso*, a meno che non trascorra uno dei più lunghi termini della prescrizione, cioè dei trenta o quarant' anni (§§ 1478, 1479), il quale, attesi i moltiplici vantaggi congiunti colla prescrizione pel con-

sorzio civile, dee portar seco la perdita di un diritto.

Art. CCXIII. L'unico requisito della prescrizione è dunque, secondo il chiaro tenore del § 1478, *il non uso d'un diritto che avrebbe per sè potuto esercitarsi ma non sia stato esercitato per il tempo stabilito dalla legge.* Cosa sia il non uso d'un diritto, e quando si possa sostenere che non si è potuto far uso d'un diritto, è stato discusso diffusamente all' Art. CII e consecutivi. Ho altresì provato all' Art. CI. che quantunque il § 1488, riguardo alla prescrizione della servitù, stabilisca la massima *che il diritto della servitù si prescrive col non uso, se la parte obbligata si è opposta alla servitù, e quegli cui competeva il diritto non lo ha esercitato per tre anni continui,* ciò malgrado non si può inferirne, che la prescrizione delle servitù non possa ottenersi anche dentro lo spazio di trenta o quarant'anni, qualora il padrone del fondo serviente non si fosse opposto all'esercizio, poichè il § 1479 ha, per regola generale, fissata la massima, *che tutti i diritti senza differenze se sieno o no inscritti nei pubblici libri,* (conseguentemente tanto il diritto di proprietà, di pegno, quanto anche di successione e di servitù), *si estinguono di regola al più tardi col non uso di trent' anni*, senza che questa legge generale stabilisca per condizione, che per parte di chi si appoggia alla prescrizione abbia dovuto opporvisi. Il senso dunque del § 1488 basta soltanto perchè una servitù si prescriva nel pe-

riodo di tre anni, nel caso di opposizione; fuor di questo caso, nel decorso di trenta o quarant' anni. Il § 1484 mette fuor di ogni dubbio quest' asserzione, mentre dispone che col solo decorso di trent' anni, anche senza bisogno che la parte obbligata siasi opposta, è prescritta perfino una servitù che può esercitarsi soltanto di rado; supposto quindi che in questo periodo di tempo non abbiasi fatto uso per tre volte dell' occasione presentatasi d'esercitarla, tanto più dunque dee entro tale interstizio prescriversi pel semplice non uso ogn' altra servitù la quale offre occasione di esercizio giornalmente.

Art. CCXIV. Debbo ancor soggiugnere qualche cosa intorno al § 1488.

Il suo tenore letterale parla veramente del caso in cui *la parte obbligata siasi opposta all'esercizio*, ma la voce *opporre* non è da intendersi alla lettera, nè in conseguenza da limitarsi soltanto ad una violente resistenza, con che non si potrebbe neanche sfuggire alla pubblica riprensione, ma comprende al tempo stesso, non solamente una proibizione vocale, ma eziandio qualsivoglia apparecchio con cui s'impedisce l' esercizio della servitù, p. e. se la parte soggetta otturasse i fori aperti nel muro serviente, oppure che per intercettare il sentiero, scavasse una fossa; mentre, ponderando assieme i §§ 351, 1459, 1482, non si potrà a meno di non convincersi, che si oppone all' esercizio anche quegli che lo proibisce alla parte che ne ha diritto, o glielo impedisce: in

amendue i casi egli acquista il possesso del diritto di proibire o d'impedire, che può per altro conseguirsi solamente anche nel caso d'opposizione attiva come presuppone il § 1488; quindi la legale identità dei casi dee produrre consimili legali effetti, massime che altrimenti nascerebbe l'assurda proposizione, che un grado maggiore, e più riprovevole di resistenza produrrebbe conseguenze più benefiche d'un grado inferiore.

Art. CCXV. Nell'istessa guisa che l'usucapione riguardo all'oggetto, alle circostanze accessorie, ed alla persona contro cui deve realizzarsi va soggetta a varie restrizioni, lo stesso ha luogo anche riguardo alla prescrizione, mentre

Primo *quegli che poteva esercitare una servitù sul fondo altrui rispetto alla sua totalità o in differenti modi a suo piacimento, non vien limitato in questo diritto per ciò solo che per qualsivoglia lungo tempo l'abbia esercitato solamente sopra una parte del fondo, o in un modo determinato; per istabilire siffatta limitazione è necessario l'acquisto o l'usucapione del diritto di proibire o d'impedire. Lo stesso ha luogo, se competendo ad alcuno un diritto contro tutti i membri d'una comunità, lo abbia sin qui esercitato soltanto contro alcuni membri di essa* (§ 1482).

Questo § abbisogna però d'una illustrazione, imperciocchè siccome vi è detto che *per istabilire la limitazione della servitù è necessario l'acquisto o*

l'usucapione del diritto di proibire o d' impedire, havvi tutta l'apparenza che per ottenere la prescrizione, il di cui fine tende a limitare il padrone della servitù onde non la eserciti sopra l'intero fondo obbligato, o non in qualsivoglia modo a suo piacimento, debbano concorrere tutti i requisiti voluti dalla legge (§ 1460) per l' usucapione, conseguentemente un giusto titolo, un centegno di buona fede, e non vizioso. Io non posso tuttavia associarmi a questa opinione, a malgrado del chiaro tenore *che il diritto, di proibire o d' impedire debba acquistarsi coll' usucapione*, perchè:

I. nel premesso caso non si può già parlare d'una usucapione, ma soltanto della prescrizione d'un diritto, mentre quegli che vuole limitare l'esercizio della servitù non divisa già il trasferimento d' un diritto (§ 1452), ma soltanto la parziale cessazione della servitù; ei vuole cioè procurare in parte di nuovo la libertà naturale al suo fondo, e per questa specie di prescrizione non dovrebbero occorrere altre condizioni, se non quelle richieste della legge in generale per qualsivoglia altra prescrizione. Essa avrà dunque luogo, giusta la chiara disposizione dei §§ 1478, 1479 e 1493, senza giusto titolo, ancorchè la parte che vi si appoggia, si renda colpevole d' un contegno di mala fede e vizioso (Art. CCXII, CCXIII), massimamente

II. perchè a senso del § 1488 il diritto di servitù si prescrive del tutto col non uso di tre anni

se la parte obbligata si è opposta all'esercizio, senza che questo § faccia menzione alcuna d'un acquisto od usucapione del diritto di proibire od impedire. Se dunque non è necessaria la buona fede, nè alcun titolo onde prescrivere con un atto di violenza tutta la servitù, non si saprebbe vedere ragione perchè fosse necessario uno di questi requisiti, volendosi prescrivere la servitù soltanto in parte. Aggiungasi

III. che il § 1482 non è compreso sotto la glosa principale in margine al § 1478 del termine della prescrizione, che per ciò sono esclusi i requisiti dell'usucapione.

Art. CCXVI. Riguardo a questa asserzione non è da temere l'opposizione, che *il torto non può procurare verun diritto*, mentre non deesi d'altro canto preterire dalla massima, che si possa rinunziare validamente ai proprj diritti. Ora dunque, com'è chiaro, sottentra la prescrizione, quando nel caso di un atto violento non si propone l'azione di ripristinazione nello stato primitivo (§§ 345, 346), e in generale, in caso di una proibizione o d'impedimento avvenuto con o senza buona fede, si lascia correre la cosa senza promuovere azione alcuna per conservare il possesso, mentre questa sola omissione porta seco, pel disposto dal § 351, la perdita del possesso della servitù. Convien dunque conchiudere pella totale rinuncia del diritto, tanto più se si lascia trascorrere sotto silenzio tutto il tempo della prescrizione stabilito per la cessazione d'un diritto. E qui è d'uopo convincersi che

le parole contenute nel § 1482: *acquisto od usucapione del diritto di proibire o d' impedire*, non sono da prendersi letteralmente, ma debbono interpretarsi soltanto nel senso che chi sostiene la prescrizione, col proibire o impedire, debba rimettersi di nuovo in possesso dell' originaria libertà naturale inerente ad ogni fondo, il qual possesso a tenore del § 351, cui rimanda espressamente il § 1482, egli acquista senz'altro, e sempre quando la parte dominante si acquieti al contegno illegale, vale a dire alla proibizione o all' impedimento. Da ciò risulta che le leggi favoriscono la cessazione d'un diritto assai più che non l'acquisto.

Art. CCXVII. E qui non posso astenermi ancora da un' altra importante osservazione, ed è, che la proposizione: *che il diritto di proibire o d' impedire debba ottenersi coll' usucapione*, proposizione in cui io non ripongo nel § 1482 peso alcuno, è contenuta nel suo pieno vigore in un identico §, sebbene, stando alla lettera, vi manca. Questo è il § 1459 del tenor seguente: *I diritti che ciascuno ha sui fatti e sulle cose proprie, a cagion d' esempio, il diritto di comperare una merce in un luogo piuttosto che in un altro, di far uso de' suoi prati o delle sue acque, non sono oggetti di prescrizione*, *eccetto nel caso in cui la legge col non uso di questi diritti continuato per un determinato tempo dichiari espressamente unita la perdita di essi. Se però alcuno proibisce ad un altro l' esercizio di questi diritti, o ne lo impedisce*, *il possesso del diritto di proibire da*

parte di uno contro la libertà dell'altro, incomincia dal momento in cui l'altro si è acquietato alla proibizione o all'impedimento; *ed in questo modo, se concorrono tutti gli altri requisiti, ha luogo la prescrizione o l'usucapione* (§§ 313 e 351). Ora nasce prima di tutto il quesito come si possa, beninteso sotto circostanze diverse, effettuare l'uno e l'altro. Prescindendo dal caso individuale che viene contemplato in questo §, si può benissimo ritenere questo e quello, secondo che o vien impedito un diritto da noi conceduto ad un altro, p. e. il diritto di pascolo, oppure un diritto competente ad un altro sulla sua proprietà, p. e. d'erger più in alto il suo edifizio.

Nel primo caso trattasi di una mera prescrizione, perchè il fine tende semplicemente a far da una parte cessare un diritto, e dall'altra l'obbligo opposto, in conseguenza non dee trasferirsi contemporaneamente un diritto. Ma nel secondo caso trattasi di una effettiva usucapione, perchè la proibizione o l'impedimento tende da un canto a far cessare la facoltà naturale di poter alzar il suo edifizio, dall'altro invece, ad acquistar il diritto continuo di proibizione o d'impedimento quale servitù negativa. Ora emerge chiaramente che nell'ultimo caso *la limitazione dee effettivamente ottenersi mediante acquisto o usucapione del diritto di proibire o d'impedire*; che in conseguenza debbono concorrere tutti i requisiti dell'usucapione; e di questo caso d'usucapione tratta appunto il § 1459.

Del resto io confesso apertamente che a malgrado d'un' assidua ponderazione, non mi riesce chiaro tutto il complesso del § 1459; mentre, siccome esso decide puramente il caso, in cui taluno proibisce, o impedisce il diritto dispositivo sui fatti nostri, mi è incomprensibile, come si possa, secondo la chiusa di detto §, supporre il caso della prescrizione, ossia della estinzione d'un diritto, senza che venga trasferito un diritto all'altro. Se ciò succede non si tratta già più d'una semplice prescrizione, ma soltanto d'una usucapione effettiva. Gli esempj che adduce lo stesso §, chiariranno la mia opinione. S'io proibisco ad alcuno di far uso delle sue acque o de'suoi prati, o di comperare certi oggetti da una determinata persona, senza appropriarmi per l'avvenire un uso esclusivo o maggiore dell'acqua o de'prati, oppure il diritto che l'altro abbia in seguito da provvedere da me quegli oggetti, questa è una chimera giuridica, poichè la contravvenzione al così detto diritto proibitivo che mi compete, è nei premessi casi un fatto sott'ogni rapporto legalmente indifferente, e in conseguenza può dall'altro trasgredirsi in ogni evento senza responsabilità, come l'ho dimostrato ad evidenza agli articoli LII, LIX. Se al contrario la mia intenzione tendesse ad acquistare col termine della prescrizione i menzionati vantaggi, allora io voglio, non semplicemente prescrivere, ma acquistare mediante l'usucapione. Credo quindi non errare se stabilisco la tesi, che i *diritti naturali d'un uomo sui fatti*, e *sulle cose proprie non sog-*

giacciono alla prescrizione, ma bensì, nei casi contemplati dal § 1459, soltanto all' usucapione.

Tutt'altro è il caso, se facendo astrazione dai diritti naturali sui nostri fatti, e sulla nostra proprietà, si supponga il caso escluso nel § 1459, del diritto sull'altrui proprietà, p. e. la servitù del diritto di pascolo; e che il padrone del fondo serviente cerchi di liberare dalla servitù il suo fondo colla proibizione, o coll' impedimento, poichè allora non si può assolutamente immaginarsi il caso dell' usucapione, ma soltanto della prescrizione.

Art. CCXVIII. 2.° *Se trattasi d' una servitù che può venir esercitata solamente di rado*, p. e. se venendo scaricato uno stagno, si concedesse ad alcuno il diritto di condurre il fango di quello nei suoi campi, si richiederà per la prescrizione, oltre al decorso di trent' anni, che durante questo tempo non si abbia fatto uso di tre occasioni che si sono presentate d'esercitare tale diritto (§ 1484).

Art. CCXIX. 3.° Se la persona contro la quale si divisa la prescrizione fosse una di quelle favorite dalla legge, annoverate al § 1472, conseguentemente il fisco, o un amministratore di beni ecclesiastici, delle comunità ed altre lecite corporazioni, si richiederanno egualmente che per l' usucapione (Art. CCV), anche per la prescrizione, quarant' anni; e il § 1488, perde in un simil caso il suo vigore.

Art. CCXX. 4.° In caso d' una totale sospensione dell' amministrazione della giustizia, come pure se il

proprietario della servitù fosse assente per causa di servigi civili o militari (§ 1496), o senza colpa (§ 1475), ha qui luogo quant'è di ragione in merito all'usucapione (Art. CCV).

Art. CCXXI. 5.° Contro quelle persone che per mancanza delle loro facoltà mentali non sono capaci d'esercitare i proprj diritti (§ 1494), contro i conjugi, i figli, contro le persone soggette a cura, o tutela, contro i genitori, e tutori (§ 1945), la prescrizione viene interrotta nell'istessa guisa dell'usucapione (Art. CCV, f. g.).

Art. CCXXII. Nello stesso modo che pel progresso dell' usucapione (Art. CCVI. CCIX), richiedesi anche per quello della prescrizione ch'essa non venga interrotta; colla sola differenza che l'interruzione, rispetto alla seconda si manifesta in parte con fatti opposti o per lo meno diversi, mentre

1.° L'interruzione naturale della prescrizione consiste, quando il padrone della servitù, ne fa uso prima che scada interamente il tempo della prescrizione. La conseguenza ne è, che il periodo di prescrizione in parte trascorso perde totalmente il suo effetto, e dee, qualora succeda di nuovo il non uso, computarsi dall'ultimo esercizio in poi, mentre tutti i §§ che trattano della prescrizione partono dalla supposizione che l'esercizio debba essere stato omesso per tutto il tempo della prescrizione stabilito dalle leggi, senza distinzione se di trenta o di tre anni (§§ 1478, 1479, 1488).

Art. CCXXIII. 2.° L'interruzione civile della pre-

scrizione è di tre specie, come nell'usucapione (Art. CCVI, CCVII, CCVIII), potendo ugualmente effettuarsi o col riconoscere il diritto del proprietario della servitù, ovvero in forza d'un'azione insinuata da quest'ultimo, o d'uno, emanato decreto inibitivo, presupposto, che l'uno, o l'altro si verifichi prima che scada il termine della prescrizione, cioè:

A. Mediante la ricognizione, la quale può aver luogo espressamente, e tacitamente (§ 1497); espressamente, cioè in iscritto, o verbalmente; tacitamente, che vien desunta da fatti tali, che ponderate tutte le circostanze non lasciano alcun ragionevole motivo di dubitare che sia riconosciuta la sussistenza della servitù (§ 863).

B. Mediante un'azione presentata in giudizio dal proprietario della servitù contro la parte obbligata, nell'ipotesi ch'egli ne riporti la vittoria. Io mi riferisco del resto a ciò che ho motivato circa questo modo d'interruzione all'Art. CCVIII, intorno all'usucapione.

C. Mediante una legge proibitiva (Art. CCIX); qualora questa vietasse la cessazione di certe servitù per effetto della prescrizione; ciocchè non è però da temersi da una savia legislazione, non potendosi ideare alcun ragionevole fondamento, che potesse determinare la potestà legislativa a pretendere l'indissolubilità d'un obbligo unicamente privato, a meno che ragioni di stato, o di politica richiedessero una eccezione. P. e. nel caso in cui sussistendo la legge di non poter fabbricare alcun edifizio nei dintorni d'una fortezza,

un possessore, il quale a malgrado di ciò ne costruisse uno, e lo possedesse tranquillamente per quaranta od anche più anni, non compirà tuttavia la prescrizione contro lo stato, nè potrà acquistare la libertà del suo fondo in onta alla legge proibitiva.

Art. CCXXIV. È già stato discusso agli articoli CIX, CXII, sotto quali condizioni debba, chi si appoggia alla prescrizione, provare il non verificatosi uso entro lo stabilito termine della prescrizione.

Ancorchè però il non uso abbia durato per tutto il tempo della prescrizione determinato dalla legge, non è tuttavia da considerarsi per estinto il diritto reale di servitù acquisito mediante l'inscrizione nei pubblici libri (§ 481), ma chi allega la prescrizione, acquista soltanto il diritto alla decisione del giudice contro il temporaneo possessore del fondo dominante, la quale dichiari estinta la servitù fin allora competentegli, e che venga quindi cancellata dai pubblici libri (§ 1499). Ma anche una tale riportata sentenza non gli procurerà che un diritto personale (§§ 317, 380, 424, 488), imperocchè un diritto inscritto nei libri pubblici non può altrimenti estinguersi, che colla cancellazione dai libri stessi (§§ 444, 445). S'egli dunque vuol render valida la sentenza contro il futuro possessore, dee far eseguire l'inscrizione della sentenza stessa nei libri pubblici, prima che il fondo dominante passi in proprietà d'altri. Trascurando questa cautela, la prescrizione non potrà, tampoco che la sentenza non inscritta, ridondare in svantaggio alcuno

d'un successore il quale sulla fede dei libri pubblici abbia fatto l'acquisto del fondo dominante (§ 1500). Se mai però questi fosse stato consapevole della cessazione della servitù in conseguenza della prescrizione, rimarrà quella estinta anche a di lui riguardo (§ 527) Art. CCXXI).

Art. CCXXV. Dal che ne viene, che oltre ai tre modi d'interruzione civile della prescrizione mentovati all'Art. CCXXIII, ve n'ha un quarto, il quale consiste nella mutazione del possesso del fondo dominante inscritta nei libri pubblici, poichè essendo una giusta riconosciuta massima, che perfino la compiuta prescrizione perde il suo effetto, se il proprietario del fondo dominante lo aliena ad una persona cui sia ignota la prescrizione, così, in un tal caso, va tanto più perduto il periodo della prescrizione trascorso soltanto in parte; in conseguenza la prescrizione vien ad essere effettivamente interrotta contro il nuovo possessore di buona fede, e dee quindi, da canto di chi a quella si appoggia, di bel nuovo ricominciarsi. Del resto avendo io già fornita nell'Art. CCXI, la prova, che anco la usucapione accorda unicamente un diritto personale contro il temporaneo possessore, e non anche un diritto reale contro un successore singolare di buona fede, così ne viene, che il cambiamento di possesso del fondo dominante apparisce come una specie d'interruzione civile della prescrizione.

Art. CCXXVI. La preaccennata proposizione porta seco conseguenze estese sotto l'aspetto teoretico

e pratico. Imperocchè il cambiamento dei possessori in ordine ai libri pubblici fa, in generale, non solo interrompere la prescrizione di qualsivoglia diritto non inscritto nei pubblici registri, ed in conseguenza tanto il diritto di proprietà, quanto d'ipoteca, ma porta seco eziandio l'interruzione d'una usucapione incominciata, e l'estinzione d'una già compiuta, qualora l'oggetto de' pubblici libri che dee soggiacere all'usucapione fosse passato, prima della inscrizione nei medesimi, in altrui possesso di buona fede. Se alcuno vuole, a cagion d'esempio, acquistare coll'usucapione un fondo, o una servitù col decorso di trent'anni, per non essere questi diritti inscritti nei libri pubblici in suo nome, mancano però solo ancor pochi giorni per compiere l'usucapione, e il fondo, la proprietà del quale, o sul quale dovrebbe acquistarsi la servitù, passa in proprietà d'un possessore di buona fede, l'usucapione vien ad essere interrotta e dee in conseguenza ricominciarsi contro l'attuale nuovo possessore. Ho fatta l'ipotesi che quel diritto che intendesi acquistare coll'usucapione non fosse inscritto nei libri pubblici, poichè essendolo, il semplice cambiamento di possesso non influirebbe alla interruzione od estinzione dell'usucapione, mentre in quest'ultimo caso poteva il nuovo possessore conoscere la servitù dall'esame dei libri pubblici, nè militerebbe anche in suo favore la circostanza che sulla fede di essi fece l'acquisto del fondo come libero (§§ 1500, 928).

FINE.

REPERTORIO
DELLE MATERIE

A

Acqua. Si può levare al vicino l'acqua sotterranea, art. 49. Non si acquista sull'acqua un diritto irrevocabile, se nascendo nel fondo vicino, noi l'avessimo sempre utilizzata, art. 41. Se si viene autorizzati a condurre tutta l'acqua che si forma in un fondo, ciò chiamasi la servitù di far passare le cose fluide, art. 130. Questa, in sostanza non differisce dalla servitù rustica dell'acquidotto, art. 131. Il § 489 presuppone una triplice servitù d'acqua, art. 132. I §§ 490 e 491 trattano d'una servitù d'acquidotto affermativa, art. 134, 135. Il § 489, parla del diritto di deviare, all'opposto i §§ 490 e 491 di quello di derivare l'acqua, art. 136. Sei sono le specie di servitù che si possono supporre riguardo all'acqua, art. 137. Chi sia, nel dubbio, da considerarsi pel proprietario della servitù quando l'acqua scorra da uno nel fondo dell'altro, art. 139-142.

Acqua piovana, che si forma sul nostro fondo possiamo trattenerla, quand'anche fosse da tempo immemorabile, colata nel fondo d'un vicino, art. 51. V. acqua.

Acquidotto. V. servitù d'acquidotto.

Acquisizione. Come si possa acquistare il diritto della servitù, art. 168, 164. A tal uopo l'atto d'acquisto deve di regola esser inscritto ne' pubblici libri. Formano però un'eccezione le servitù che presuppongono una fabbrica terminata, articolo 161. V. anche usucapione, e titolo legale.

Affirmativae servitutes. V. servitù affermative.

Alberi. Questi possono piantarsi ancorchè tolgano ai vicini la luce ed il prospetto, art. 46, 47.

Altius non tollendi servitus. V. servitù di non erger più in alto l'edifizio.

Altius tollendi servitus. V. Fabbricare.

Amenità. Si possono costituire servitù anche a tale scopo, art. 54.

Appendere o sospendere. Il proprietario può appendere e sospendere in aria qualunque cosa, ancorchè venga per ciò a togliere a'vicini la luce ed il prospetto, art. 46-48.

Arbitrio. Come si debba contenersi se alcuno s'introduce arbitrariamente in potere di una servitù, art. 151. V. anche violenza e illegittimità.

Area. Ognuno può nella propria area intraprendere qualunque cosa, ancorchè fosse dannosa ai vicini, art. 34-37.

Aria. Si può, di regola, togliere la circolazione dell'aria mediante una fabbrica, art. 35-37. Alla totale privazione dell'aria si oppongono però le leggi politiche, art. 42. V. anche fabbricare.

Azione. Si considera interrotta l'usucapione dall'epoca in cui è stata insinuata l'azione di proprietà contro

l'usucapiente, ancorchè non gli fosse stata per anche intimata, art. 208.

C

Causa perpetua, non è necessaria onde costituire validamente una servitù, art. 131 e nota *d*, pag. 437.

Cessazione delle servitù. Dessa verificasi quando perisca il fondo dominante o serviente, art. 83. Se, e quando possano ripristinarsi le servitù cessate? art. 84. Venendo il perito fondo ricostrutto, la servitù riprende il suo vigore, ancorchè la nuova forma di esso differisca da quella di prima, art. 85. Se perisce il fondo dominante o serviente, e che la ricostruzione sia assolutamente fattibile, ma venga omessa, cessa col termine di trent'anni una servitù affermativa, ma non così sempre anche una servitù negativa, art. 98. Come possa in generale aver luogo la cessazione d'una servitù? art. 165. V. anche prescrizione.

Concessione precaria non obbligatoria. Questa non viene supposta, ma dev'essere provata, art. 156.

Corpus juris Glossatum. V. diritto romano e regole di diritto.

Cosa comune. Non si può far uso d'una cosa comune in forza d'una servitù art. 149, 150.

Costituzione delle servitù, art. 158-164. Non occorre di regola che sia espressa l'intenzione ossia il fine della costituzione, art. 60-70. V. anche diritto reale, usucapione, e titolo legale.

Costruzione di case. V. fabbricare.

D

Danno. V. Interesse, vantaggio, vessazione.

Diletto. V. Piacere.

Diritti accessorj. In che consistano questi diritti riguardo alle servitù? art. 104-106. Mediante il loro esercizio si conserva il diritto principale art. 107.

Diritto di proibire. Questo diritto, di regola, non ci appartiene qualora il vicino imprenda qualche cosa sul di lui fondo, che ci sia dannosa, art. 35-38. Non ha luogo, se dal canto della parte dominante non sussiste un legale interesse, art. 56-61, 77, 78. È falso che si possa costituire validamente il diritto proibitivo in tutti i casi, nei quali non sia dalle leggi espressamente dichiarato per privo d'effetto, art. 80. V. Anche opposizione.

Diritto d'impedire. V. diritto di proibire e opposizione.

Diritto di proprietà. Questo diritto non può limitarsi in modo che il proprietario non si valga del suo diritto di liberamente disporre, anche allorquando l'ommissione non giovi ad un terzo, art. 56, 57, 59.

Diritto di successione. Questo può usucapirsi soltanto col decorso di trent'anni, art. 202, nota *b.*

Diritto reale. Come venga esso acquistato sulle servitù, art. 158-164. Il semplice titolo accorda soltanto un diritto personale, art. 160. Questo diritto acquistasi talvolta anche senza l'inscrizione nei libri pubblici, art. 161, 162.

Diritto di ritenzione. In quanto esso abbia luogo, art. 84.

Diritto della libertà naturale. V. Libertà.

Diritto romano. Il diritto romano avea forza sussidiaria, prima che andasse in attività il Codice, art. 30. Da principio avea forza di legge soltanto il Codice glosato di Giustiniano, più tardi, quello non glosato, art. 31. V. anche *glosatum Corpus* e Regola giuridica.

Distanza, ch' è da osservarsi volendo costruire nuovi edificj, o alzarne di già esistenti. V. fabbricare.

Divisione. Venendo diviso il fondo dominante o serviente senza intelligenza dell' avversario, non ne derivano due servitù, art. 116. Dopo la divisione la servitù va escrcitata nel modo di prima, art. 116. Nota *a.* art. 181. I consorti del fondo dominante debbono dividersi l' acqua già entrata, secondo il bisogno delle loro singole porzioni di fondo, art. 182, 183.

E

Eredi. In che modo possano questi usucapire una servitù, nel caso che avesse mancato al loro antecessore il giusto titolo e la buona fede? art. 201-203.

Esercizio d' una servitù. In che consista? art. 48-50 e 51. L' esercizio dee limitarsi allo scopo della costituzione, art. 60, 81, 82, 173, e viene regolato dal vantaggio reciprocamente divisato, art. 82, 151. Sino a qual punto possa venir limitato il proprietario del fondo serviente? art. 95. Non potendo esercitarsi il diritto di servitù, non è permesso l' esercitarne un altro, art. 95. L' esercizio di una

servitù non è da considerarsi come diritto della libertà naturale, art. 99. Sarebbe un'eccezione trattandosi d'un esercizio parziale, oppure dei diversi modi d'esercizio, art. 100. Coll'esercizio anche nella più piccola parte del fondo si conserva il diritto della servitù, art. 103, 116. Colla semplice costruzione dell'opera che si riguarda qual mezzo allo scopo, non incomincia ancora l'esercizio della servitù, art. 104-105. Coll'esercizio del diritto accessorio, si mantione anche quello del diritto principale, art. 107. A chi incumba provare il verificatosi non uso della servitù? art. 108-116. L'uso della servitù non si presume, art. 114. Non è necessario che il proprietario del fondo dominante eserciti la servitù in persona, art. 117, 119. Venendo la servitù esercitata da un altro subbietto, o sopra un altro soggetto, ciò sarebbe un vero non uso; quest'ultimo però non ha luogo venendo ecceduto il diritto d'esercizio, art. 118.

Due, che avessero diritto alla medesima servitù, possono fra loro concertarsi affine d'alternare il tempo dell'esercizio stabilito nel contratto, senza che perciò si possa allegare un non uso, art. 119. Se la parte dominante intraprendesse cambiamenti tali, per cui gli divenisse inutile affatto la servitù, essa non la perderà già da quel momento, qualora però l'utile possa col tratto del tempo ancor rinnovarsi, ma soltanto col decorso di trent'anni, art. 120. Il proprietario d'una servitù può rinunziarvi anche nel caso in cui, col tratto del tempo, la servitù venisse a riuscire vantaggiosa alla parte ob-

bligata, art. 121. Massime che hanno luogo nel caso che l'esercizio d'una servitù divenga controverso o nella sua origine o durante la continuazione, art. 152-155, 174-179, 183. V. anche fabbricare, uso, servitù dell'immissione, delle travi e dell'acquidotto.

F

Fabbrica del sapone. Non sono i vicini in diritto di proibirla, art. 42, 48. Nè potrebbero riferirsi con profitto alle leggi provinciali anteriori, art. 43.

Fabbricare. Ciò porta seco ordinariamente del pregiudizio per i vicini, art. 1. La servitù affermativa d'erger più in alto l'edifizio, è in generale, in contraddizione colla servitù negativa, di non abbassare l'edificio, art. 4. Secondo la legislazione anteriore non era permessa una fabbrica dannosa al vicino, art. 5. Per conseguenza rendevasi inutile la costituzione d'una servitù negativa, la quale dovesse impedire una fabbrica dannosa, art. 6. Leggi romane, art. 10, 11, 12. Idea della servitù d'erger più in alto l'edificio secondo il diritto romano, art. 13, 15. Le leggi romane che prescrivono una determinata distanza da osservarsi nella costruzione degli edifizj, non erano negli ultimi tempi leggi politiche, ma soltanto discipline private, art. 14. In quest'ultime si può trovare il mezzo per conciliare le servitù affermative colle negative, art. 23, 33. La *L.* 12. *C. de aedif. priv.* non era già obbligatoria per la sola città di Costantinopoli, art. 32. Il diritto di fab-

bricare sul proprio fondo anche con pregiudizio dei vicini è al tempo nostro un diritto della libertà naturale, art. 34. Il vicino non è quindi in facoltà di proibire una fabbrica per ciò solo che gli è dannosa, art. 35-38. Conseguentemente non gliene può competere diritto a risarcimento di danno, art. 39. È falso che questa tesi non sia decisa dal codice; *idem*. Vengono male intesi quei passi di legge, che sembrano pronunciare il contrario, art. 43. Le autorità politiche provvedono contro quelle costruzioni di opere che si oppongono alle viste politiche, art. 25, 42. Il codice ha soppresso il diritto di fabbricare, ch'era limitato dalle private leggi anteriori, art. 43. Ancorchè un vicino avesse la mira di costruire un'opera per semplice vessazione del vicino, questi non potrebbe vietarla, art. 44, 45. Non si può proibire da parte dei vicini l'erezione di quegli edificj, l'esercizio dei quali porta seco romore, fumo e puzza, art. 48. Nè tampoco lo scavo d'un nuovo pozzo, art. 49. Convien tuttavia osservare una certa distanza, onde i vicini non vengano pregiudicati dall'opera nuova, art. 50. Venendo il rovinato edificio ricostrutto in forma diversa dalla prima, torna egualmente in vigore l'esercizio della servitù, art. 85. Cosa sarebbe di ragione se la parte obbligata variasse talmente la forma dell'edifizio, che l'esercizio della servitù venisse a prendere altra direzione? art. 86-98. Se la parte soggetta non vuol concorrere proporzionatamente alle spese di riparazione del muro serviente, il proprietario della servitù è autorizzato a ripararlo da sè solo, ed ac-

quista così la proprietà del muro, in quanto che egli ne siasi trovato in possesso, art. 86, 88, senza bisogno di dover usucapire il valore del sito sopra il quale è costrutto il muro, art. 87. Egli potià dar al muro anche una forma diversa, art. 89. Come si possa difendersi contro la costituzione d'una fabbrica nuova pregiudicevole? art. 90. Se si tollera la fabbrica dannosa d'un vicino senza opporvisi, non si può più pretenderne la demolizione, art. 91-151. Se mediante una tal fabbrica venisse impedito l'esercizio della servitù, si ha diritto soltanto al valore comune, della servitù perduta, art. 92. Sopra qual base abbiasi da determinare questo valore? art. 93. Il proprietario della servitù non potrà pretendere al godimento del nuovo fondo in comunione, art. 94. Un'opera intrapresa segretamente dev' essere restituita allo stato primiero, art. 96; tuttavolta il proprietario della servitù deve essere disposto, qualora prima che venisse intrapresa l'opera vi fosse stato qualche ostacolo per esercitare la servitù, a concorrere proporzionatamente alla spesa necessaria onde togliere di mezzo l'impedimento art. 97. Mediante contratto si può acquistare anche la proprietà di ciò che vien costrutto sopra un fondo od un muro altrui, art. 146. Le servitù, l'esercizio delle quali non può aver principio altrimenti che colla costruzione d'un'opera, o con qualsivoglia altro apparecchio, vengono circoscritte pel loro esercizio all'opera compiuta, articolo 153. Le servitù che vengono ad aver effetto mediante una fabbrica, non abbisognano, per acquistare il diritto reale,

di veruna inscrizione nei libri pubblici, art. 161-163. V. anche servitù di non erger più in alto l'edificio.

Fatto. Per fatto intendesi talvolta anche una omissione, art. 75. Se, e come possano le servitù consistere in fatti? art. 157.

Fede buona, questa richiedesi per l'usucapione, art. 202. 203, ma non pella prescrizione, articolo 212. Colla semplice presentazione della petizione vien interrotta, senza riguardo al giorno dell'intimazione alla parte, art. 200. Fin a qual punto sia necessaria per continuare l'usucapione la buona fede? Nota *a*, all' art. 208.

Fetore. V. puzza, art. 48.

Finestre. Diritto d'aprir finestre sia per aver prospetto, o luce, secondo il diritto romano, articoli 12, 13, 33. Secondo il diritto austriaco si possono aprir nuove finestre nel proprio muro, e accecare quelle del vicino, art. 34-37. V. luce e prospetto.

Fluidi. V. Stillicidio ed acqua.

Fondo perito. V. Cessazione.

Forza. Quando si possa respingerla colla forza, articolo 151. Vedi anche opposizione e resistenza.

Fucine. I vicini non ne possono proibire la erezione, art. 42. Non gioverebbe riportarsi alle leggi provinciali anteriori, art. 43.

Fumo. Non si può impedirlo per parte dei vicini, tranne che si volesse introdurlo nel loro camino, art. 48.

G

Glossatum Corpus juris. V. diritto romano e regole di diritto.
Godimento. V. uso ed esercizio.

I

Illecito. Se nel contratto di costituzione della servitù fosse stata convenuta qualche cosa illecita, sarà insussistente solo la parte illecita, ma non l'intero contratto.
Immettere. Non si può immettere o introdur nulla nel fondo altrui senza la costituzione d'una servitù, art. 48.
Intenzione. L'intenzione secreta delle parti non viene valutata, art. 79; l'esprimerla in un contratto, non porta seco di regola veruna condizione, art. 193.
Interesse. Cosa s'intenda sotto questa espressione? art. 44, 54. Tosto che l'interesse ha luogo per parte di chi ha il diritto della servitù, questa è validamente costituita, art. 53, 54. V. anche vantaggio.
Interruzione della usucapione, d'una servitù è duplice; *naturale*, quando il possessore del fondo più non tollera l'esercizio della servitù, o non rispetta più la proibizione, art. 206; *civile*, questa succede in quattro modi; cioè in *primo luogo*, mediante la ricognizione che non compete alcun di-

ritto alla servitù, art. 207; *secondo*, mediante l' insinuazione dell' azione contro l'usucapiente, art. 208, in *terzo luogo*, in forza d' una nuova legge, che vieta il corso dell' usucapione, art. 209; in *quarto luogo*, quando il fondo serviente passa in altrui possesso, art. 225. Anche l'interruzione della prescrizione è parimenti o naturale o civile; la prima si verifica venendo, prima che spiri la prescrizione, fatto di nuovo uso della servitù; la interruzione civile è pure come quella dell' usucapione di quattro specie, art. 223, 224 e 225.

L

Leggi. Molti sostengono che le limitazioni stabilite dalla legislazione anteriore abbiano fondate servitù tali, che non possono considerarsi soppresse dal codice, art. 2. Le leggi principali sussistite prima dell'attivazione del codice relative al diritto di fabbricare ed alle servitù in quanto alla Boemia, sono espresse negli statuti civici, art. 3. Queste però non somministrano chiarezza soddisfacente intorno alla giusta idea delle servitù affermative e negative, art. 4. Non sono tuttavia da censurarsi i compilatori delle leggi anteriori in questo particolare, art. 8. Gli stessi giureconsulti romani non fornirono egualmente finora lumi bastanti, art. 9. Leggi romane che dispongono circa l'intraprendimento d'una costruzione di case, art. 10, 11, 12. Le antiche leggi sulle fabbriche in Boemia non erano veramente leggi politiche, ma soltanto private, art 24. Nuove leggi

sulle fabbriche non contenute nel codice, sono prescrizioni politiche, art. 25, 42. Il codice non limita il diritto di fabbricare, art. 33, 44.

Libertà, naturale. Di questa indole è il diritto di intraprendere qualunque cosa nel proprio fondo, ancorchè dannosa ai vicini, art. 34, 35. Come tale non può considerarsi l'esercizio d'una servitù, art. 99, 101.

Libri pubblici. In questi deesi, di regola, inscrivere l'atto d'acquisto, onde poterlo far valere contro un terzo possessore; regge però qual'eccezione nel caso che il nuovo possessore avesse agito di mala fede, e nel caso che una servitù si realizzasse colla costruzione d'una fabbrica, art. 160-163.

Luce. Idea della servitù di non togliere la luce, secondo il romano diritto, art. 12, 13, 33. Diritto di finestra per aver luce e prospetto, *ibidem*. Secondo le leggi anteriori non si poteva con una fabbrica levare ai vicini la luce, art. 5. Ma ciò è permesso secondo il codice nostro articolo 34-44, ed i vicini non possono perciò chiamarsi lesi, art. 39. Vengono male interpretati quei passi di legge che sembrano statuire il contrario, art. 40, 41. Talvolta però l'autorità politica può pretendere che non si alteri l'attuale stato di luce, art. 42. Si può togliere la luce piantando degli alberi, art. 46, 47; e collo stendere in aria altri oggetti, art. 48. V. fabbricare, servitù di non erger più in alto l'edificio, e *luminum servitus*.

Luminum servitus. Opinioni diverse dei civilisti intorno a questa servitù, art. 17. *Feuerbach* la di-

chiara per una servitù dell'*ombra*, art. 18. Si ribatte quest'opinione, art. 19-22.

M

Mezzi. Il proprietario d' una servitù è autorizzato a valersi dei mezzi opportuni, art. 106, 171-176; se poi sono esclusi dal contratto, il contratto è insussistente, art. 106. V. anche diritti accessori.
Molestia. V. vessazione.
Multe pecuniarie, semplici, non possono stabilirsi per condizione, art. 58.
Muro. Quando debba restaurarsi dietro domanda dei vicini, art. 41.

N

Negativa. Se la negativa sia talvolta da provarsi, art. 108.
Negativae servitutes; V. Servitù negative.
Non uso delle servitù. Se il non uso abbia luogo quando vien tolto l'esercizio? art. 98. Il non uso rispetto a singole parti è innocuo, art. 100. Cosa intendasi onde poter asserire che si è verificato il non uso d'una servitù? art. 102-106. A chi spetti il provare il non uso d'una servitù? art. 108-115. Di regola se lo suppone, nè occorre provarlo, art. 114. Il non uso della servitù non pregiudica quando si paghi costantemente l'annuo tributo stabillto per l' uso della medesima, art. 115. Cosa sia di ragione venendo diviso il fondo dominante o ser-

viente? art. 116. È un vero non uso quando la servitù venga esercitata non dal subbietto dominante, o non sopra il dovuto fondo, ma non anche qualora succeda un cambiamento sott'altri rapporti nel modo dell'esercizio, art. 118. Se due parti aventi diritto alla medesima servitù alternassero fra esse riguardo al tempo dell'esercizio, non si può allegare un non uso, art. 119. V. anche esercizio ed uso.

O

Obblighi. Questi distinguonsi dalle servitù, art. 157.

Omissione. V. esercizio e non uso.

Oneris ferendi servitus. V. servitù d'appoggiare il peso.

Opinione di *Feuerbach* intorno alla servitù *luminum*, art. 18-22.

Opposizione. Questa porta seco la conseguenza che la prescrizione delle servitù ha il suo termine col periodo di tre anni, nell'ipotesi però, che la parte dominante non abbia in questo frattempo fatto uso del suo diritto, art. 101, 212, 213. Cosa intendasi per opposizione, art. 214. Onde opporsi, od impedire e proibire un diritto coll'idea di procurarsi in tal modo la prescrizione, non occorre nè la buona fede, nè un giusto titolo, articolo 215, 216, 217. V. anche forza, violenza, arbitrio e diritto proibitivo.

P

Piacere. Il motivo del piacere e del diletto, è una causa bastante per poter intraprendere una fabbrica dannosa ai vicini; art. 44, e per farsi costituire una servitù, art. 54. V. anche vantaggio.

Pitture, che tendessero a vessare i vicini, non possono, giusta il diritto privato, proibirsi, art. 44, N. 2.

Possesso d' una servitù affermativa. Ha luogo soltanto nel caso in cui s'intraprende qualche cosa nel fondo altrui, art. 48-51. V. anche arbitrio, violenza, illegalità, resistenza.

Possibilità della prestazione. In cosa consista il suo senso sostanziale? art. 75. Mancando essa, non compete malgrado ciò il diritto all' evizione, articolo 76.

Pozzo. Ognuno può scavar un pozzo nel proprio fondo, malgrado che venisse con ciò a toglier l' acqua al vicino, art. 49. Quale distanza sarebbe da osservarsi nel costruirlo? art. 50.

Praecarium. Art. 156. Concessione precaria.

Pregiudizio. V. interesse, vessazione, molestia e vantaggio.

Prescrizione. Se questa continui a decorrere durante il periodo ch'è perito il fondo dominante o serviente? art. 98. È falso che le servitù affermative non siano sottoposte alla prescrizione, essendo esse diritti della libertà naturale, art. 99, 101. Trattandosi, non dell' intero, ma soltanto del parziale

esercizio, o soltanto anche dei diversi modi di esso, non ha luogo veruna prescrizione, art. 100. Le servitù si prescrivono talvolta col decorso di tre anni, talvolta soltanto con quello di trent'anni, art. 101, 213. Rispetto alle servitù che continuano senza interruzione (*Servitutes continuae*) la prescrizione incomincia a decorrere dal momento ch'è perita interamente l'opera, art. 103, 105, 106. Rispetto poi alle servitù che agiscono di tempo in tempo, (*discontinuae*) coll'omissione dell'esercizio, art. 104. Disseccandosi la sorgente d'onde scaturisce l'acqua che dee condursi, e in generale, se una servitù non può assolutamente venir esercitata, non incomincia veruna prescrizione, art. 186. Idea della prescrizione. Pella sua decorrenza non si richiedono gli stessi requisiti come per la usucapione, art. 212; ma vien presupposto soltanto il non uso d'un diritto che avrebbe di sua natura potuto esercitarsi per tutto il tempo stabilito dalla legge, art. 213, 214. V. anche opposizione. I diritti della libertà naturale non si possono prescrivere, ma bensì usucapire, art. 217. Entro quale periodo si prescrivono quei diritti che si possono di rado esercitare? art. 218. Contro quali persone abbisogni per la prescrizione un più lungo periodo di tempo, art. 219. Quando venga impedita la prescrizione, art. 220. La prescrizione accorda un semplice titolo, e in conseguenza soltanto un diritto personale, art. 224. V. anche interruzione della prescrizione, cessazione e usucapione della servitù.

Prestazioni. In quanto possano queste formare og-

getto di servitù? articolo 157. Vedi anche possibilità.

Professioni ed Arti, l'esercizio delle quali cagiona romore, puzza e fumo, non possono in forza del diritto privato, impedirsi ai vicini, art. 48.

Proprietario. Questi può disporre sul suo fondo a suo piacimento, e in conseguenza anche fabbricare con danno dei vicini, art. 34-38. Indarno potrebbero questi asserire che la fabbrica s'imprende solo per vessazione loro, art. 44; nè potrebbero i vicini tampoco proibire l'attivazione d'una manifattura o mezzo d'industria, che venisse esercitato con romore, puzza, e fumo, art. 48.

Prospetto. La servitù affermativa del prospetto, presa in generale, è secondo il diritto romano, in contraddizione colla servitù negativa di non togliere il prospetto, art. 4. Come si possano conciliare assieme queste servitù? V. servitù negative. Secondo il diritto austriaco non ha luogo questa contraddizione, art. 34-37; il vicino può togliere agli altri il prospetto, art. 35, 36, 37. I vicini non possono perciò ritenersi lesi, art. 39. Vengono interpretati erroneamente quei passi di legge che sembrano pronunciare il contrario, art. 40, 41. Le autorità politiche non possono proibire che venga tolto il prospetto, art. 42. Colla piantagione d'alberi si può benissimo togliere il prospetto, art. 46, 47; similmente appendendo e sospendendo in aria oggetti diversi, art. 48. V. anche servitù affermative e negative, e servitù di non erger più in alto l'edifizio.

Prova. Anche una proposizione negativa può essere

talvolta provata, anzi talvolta dee essere provata, art. 109.

Puzza, che vien cagionata dagli esercizj d'industria dei vicini, non può vietarsi in virtù del diritto privato, art 48.

R

Regola giuridica: textus, quem glosa non agnoscit, nec forum agnoscit, avea un tempo forza di legge negli stati austriaci, art. 26-31. Cos'abbia dato origine a questa regola giuridica, e suo vero senso? art. 27-29. Dessa perdette ogni vigore sotto l'imperatore Giuseppe II, art. 31. V. anche Diritto romano.

Riparazione della cosa serviente. Venendo questa restituita allo stato primiero, ha luogo di nuovo l'esercizio della servitù, art. 84, 85. A chi incumbano le spese di riparazione? art. 90. Non vi si può costringere, stando a rigore, nè la parte dominante, nè la parte serviente, art. 93, V. anche stato primiero.

Romore. Non si può impedirlo ai vicini, art. 48.

Rovina del fondo. V. Cessazione.

S

Sentenza. Questa può divenire un titolo legale per l'acquisto e pella cessazione d' una servitù, art. 159, 223 e 224.

Servitù dell' ombra. Feuerbach sostiene ch'essa sia

contenuta nella legge 4. D. de S. P. U., art. 17. Quest'opinione è affatto falsa, art. 18-22.

Servitù di non erger più in alto l'edifizio. Chi vi si sottomette in forza d'una servitù, può levare la luce ed il prospetto coll'allevar alberi, o coll'appendere in aria altri oggetti, art. 46. Questa servitù è diversa dalle servitù di togliere il prospetto e la luce, art. 47. Chi si obbliga alla servitù *altius non tollendi* può in ogni evento erigere una fabbrica, la quale non possa essere veduta dalla parte dominante, art. 71. In che consista la servitù *altius non tollendi*? art. 187. Dessa è una servitù negativa, art. 188. Si può ritenerla tanto quale servitù personale, quanto anche per prediale, ed inoltre, non solamente per servitù urbana, ma eziandio per rustica, art. 189. Che scopo abbia per base questa servitù? art. 190. Se l'edifizio possa venir dilatato? art. 191. È vietato alla parte obbligata il togliere, soltanto coll'alzare un edifizio, ma non in diversa maniera, la luce ed il prospetto, art. 192. Ciò vale, ancorchè all'atto della costituzione di quella servitù fosse stato espresso il fine, che non debba levarsi le luce ed il prospetto, art. 193. Differenze fra le servitù di non erger più in alto l'edifizio, e quelle di non togliere il prospetto, la luce e l'aria, art. 194. Differenza fra le servitù di non levare il prospetto, la luce e l'aria, art. 195.

Servitù reali. V. Servitù prediali.

Servitù urbane. V. Servitù, servitù affermative, e negative, e servitù prediali.

Servitù. V. sviluppo dell'idea ed indole che hanno per fomdamento, art. 65, 82, 131, 157.

Molti sono di parere, che le servitù fondate nella legislazione anteriore, siano da considerarsi per ancor sussistenti, art. 2, 3. Secondo il codice non vi sono presso di noi servitù di legge, ma debbono tutte acquistarsi, art. 34, 38. Si può farsene costituire anche di quelle che non sono annoverate dal codice, art. 48. In cosa consista l'uso delle servitù? art. 48, 50, 51. Esse debbono esser utili alla parte dominante, art. 53-61; possono tuttavia, qualora non promovessero per loro natura il vantaggio d'un fondo, ma soltanto quello della persona, essere costituite come servitù prediali, e le servitù, che per indole loro sono servitù prediali, posson essere concedute alla sola persona, ed anche condizionatamente da un tempo determinato in avanti, e per un tempo determinato, art. 54. Rispetto alle servitù affermative che vengono esercitate, non si può sostenere che una servitù non sia utile alla parte dominante, art. 53. Ma le servitù negative cessano senz'altro dal momento che non procurano più alcun vantaggio, art. 56, 57. È falso che manchi al giudice, riguardo alle servitù negative, il criterio per giudicare se siano, oppur no, utili a chi vi ha diritto, art. 61. Condizione essenziale per la validità d'una servitù è anche la possibilità della prestazione, art. 72-76. Ancorchè le servitù fossero costituite legalmente, non si può tuttavia pretendere ciò che non procura alcun vantaggio, art. 31. Come si distinguano dalla comproprietà? art. 94. Debbono spiegarsi a rigore, art. 95. Cosa siano le servitù che hanno effetto

di tempo in tempo, e cosa le servitù continue non interrotte? (*Servitutes continuae et discontinuae*), art 98, 108. Quando abbia incominciamento il non uso riguardo alle seconde, art. 102. E quando riguardo alle prime, art. 183-106. Come distinguansi amendue nella loro continuazione rispetto al non uso, art. 153. La servitù è inerente a cadauna singola parte, art. 103. Essa accorda il diritto d'usare di tutti i mezzi, senza de' quali non si potrebbe supporre l'esercizio della servitù; art. 106. Giusta idea delle servitù affermative e negative, art. 123. Come si distinguano l'una dall'altra? art. 124. Non sono fra loro in opposizione, art. 137. Cosa sarebbe di ragione insorgendo il dubbio, chi abbia il diritto della servitù, e chi siavi obbligato? art. 122, 138-142. Se nasce dubbio quale dei due proprietarj del fondo sia il possessore della servitù, si suppone in favore di quegli che intraprende quàlche cosa nel fondo dell'altro, o che v' introduce qualche cosa, art. 139-142. In forza di una servitù si può anche possedere qualche cosa in proprietà sopra un muro altrui, art. 146. Le servitù urbane non si distinguono, in quanto agli effetti legali, dalle servitù rustiche, art. 147. Non si usa della cosa propria o comune in forza di una servitù, art. 149, 150. Non si suppongono mai servitù irregolari, art. 156. In qual modo possa sussistere una servitù in *faciendo*, e se ciò ha luogo, se sia da considerarsi per una servitù, ovvero per un obbligo? art. 157. Come si possa acquistare il diritto reale sopra le servitù art. 158,

164, e come vada perduto? art. 165. Venendo fondate delle servitù mediante il compimento d'una fabbrica, si acquista con ciò il diritto reale della servitù, anche senza veruna inscrizione nei pubblici libri, art. 161, 163. Le servitù rustiche, possono costituirsi anche per servitù urbane, art. 169. Se si possa cedere ad altri il vantaggio derivante dalle servitù? art. 180. Esse possono essere costituite a più d'uno, art. 184. In qual maniera dovrebbero regolarsi i consorti riguardo al loro diritto di servitù, venendo diviso il fondo dominante? art. 181, 182, 185. V. anche fabbricare, servitù affermative e nagative, e servitù prediali, stillicidio, immissione delle travi, acquidotto, e servitù di non erger più in alto l'edificio.

Servitù dell' immissione delle travi. Sua indole, art. 145. Cosa possa formare oggetto d'immissione in un muro vicino? art. 140. Dessa può essere tanto servitù urbana quanto rustica, art. 147. Se si possa introdurre qualche cosa in una parete comune? art. 150. Se alcuno immettesse delle travi arbitrariamente si può anche di propria autorità impedirlo, art. 151. Terminata che sia la fabbrica non si è più, col tempo, autorizzati ad immettervene un numero maggiore, art. 152, 153. Ma si può introdurre nuove travi in luogo delle guaste, art. 154. Cosa sia di ragione nascendo il dubbio che l'immissione delle travi sia stata conceduta come servitù prediale, ovvero per una causa momentanea, o transitoria? art. 156. Differenza fra questa servitù, e quella d'appoggiare il peso, art. 157.

In che modo si acquisti il diritto personale, e reale a questa servitù? art. 158,164, e come vada perduto? art. 165.

Servitù affermative. Sviluppo della loro idea ed indole, art. 82. Una medesima servitù urbana non può in generale supporsi al tempo stesso per affermativa e negativa, art. 4. not. *b*; a meno che le leggi, per intraprendere una fabbrica, non prescrivano una determinata distanza, art. 7. Stando alla dottrina dei civilisti, non potrebbero al certo conciliare assieme le servitù affermative colle servitù negative, art. 8, 16. I Romani ne aveano certamente una giusta idea, art. 9. La *L.* 12. *C. de aedif priv.* somministra la dovuta spiegazione, art. 10, 11, 12, 13, 15, 16, 23. In nissun caso si può immaginarne una concilazione se non qualora le leggi accordino di poter fabbricar nuovi edificj, oppur di erger più in alto e cambiare i vecchi soltanto in una determinata distanza da altri edificj, art. 33. Secondo il diritto austriaco non sussiste fra le affermative servitù e le negative alcuna contraddizione, art. 34-44. Si posseggono le affermative quando si può intraprendere qualche cosa nel fondo altrui, art. 48-51. Non possono impugnarsi pel motivo che fossero inutili alla parte dominante; ma bensì quando l'esercizio fosse impossibile o illecito, art. 72, 73. Il possesso illecito non distrugge, di regola, l'intero contratto, ma soltanto sè stesso, art. 74. V. anche servitù, servitù prediali, e servitù negative, art. 82.

Servitù negative. Secondo la legislazione anteriore,

prese queste in generale, sono fra loro in contraddizione, art. 4, 6, 7, 8, 9, 16. Vengono tuttavia spiegate all' appoggio delle leggi romane intorno al diritto di fabbricare, art. 10, 11, 12; ed in particolare dallo spazio intermedio che dovevasi osservare per l'erezione d'un edifizio, art. 13, 15, 16, 23, 33. Secondo il diritto austriaco non sono fra loro minimamente in contraddizione, perchè in virtù della legge è permesso costruire sul proprio fondo una fabbrica, comunque dannosa ai vicini, art. 34, 44. Quelle servitù negative che sono fondate nelle leggi anteriori, sono da considerarsi per estinte, art. 43. Indole delle servitù negative, art. 83, 123, 124. V. anche fabbricare, servitù, servitù affermative, servitù prediali e servitù di non erger più in alto l' edifizio. *Altius non tollendi servitus.*

Servitù dell' acquidotto. Questa servitù viene presa in doppio senso, art. 166. Ragioni per le quali si ritenga per una servitù il diritto di condurre l'altrui acqua nel fondo proprio, art. 167. Può essere costituita come servitù personale, od anche per servitù rustica ed urbana, art. 169. Massima che dee applicarsi, nascendo quistione intorno all' esercizio di questa servitù, art. 170. Chi ha il diritto dell' acquidotto, può giovarsi di tutti i mezzi necessarii a condur l' acqua, senza dei quali sarebbe impossibile il farlo, art. 172. La misura dell' acqua da derivarsi viene regolata a norma del bisogno del fondo dominante, art. 173, il quale non può tuttavia essere più gravoso di quello che il comporta lo scopo della servitù, art. 174. Di regola deesi dunque at-

tivare un *solo* canale, e, parimenti, di regola dirigerlo per la linea più diritta, art. 176, e non sopra punti che servono a terze persone, art. 177. Massime da osservarsi trattandosi dell' esercizio, col tempo, d' una servitù, art. 178. Non si potrà più cambiare il canale quando sarà già posto in opera, art. 179. L' acqua pervenuta nel proprio fondo può cedersi ad un terzo, art. 180. I cambiamenti arbitrarj che succedono nel fondo dominante, non influiscono punto sulla servitù dell'acquidotto, art. 181. I consorti del fondo dominante debbono ripartirsi l'acqua entratavi con riguardo all' occorrenza delle singole respettive porzioni del fondo stesso, art. 182. La parte serviente è in dovere di tralasciar tutto ciò che può impedire l' esercizio della servitù, art. 183. La servitù dell' acquidotto può essere costituita a più d' uno, art. 184, e questi possono ugualmente dividersi l' acqua, con riguardo al bisogno del fondo dominante, art. 185. Se la sorgente sulla quale è costituito il diritto dell' acquidotto si dissecca, non può aver principio alcuna prescrizione, art. 186. V. Stillicidio.

Servitù prediali. Queste richiedono, di regola, due fondi confinanti, art. 63-68, 71. Le servitù che per loro natura fossero servitù prediali, venendo costituite senza riguardo ad un fondo, assumono il carattere d' un diritto d' uso, art. 63, 67. Se viene costituita una servitù che abbia per iscopo il vantaggio d' un fondo, è perciò da considerarsi quale diritto perpetuo, art. 65. Nelle servitù prediali il subbietto non è già la persona del possessore, ma

il fondo dominante articolo 65. Mancando la possibilità fisica o morale della prestazione, si considera come indarno costituita la servitù, art. 72-76. V. Servitù ed esercizio delle servitù.

Servitù d' appoggiare il peso. Sua indole, e differenza da quella d'immettere le travi, art. 151.

Servitù rustiche. Di regola non si possono supporre servitù rustiche meramente negative, art. 59. V. Servitù.

Servitus tigni immittendi. V. servitù d' appoggiare il peso.

Sfera dei diritti. Ciò che ha luogo dentro la linea di essa può intraprendersi ancorchè fosse dannoso ad un terzo, art. 33, Nota *f.*

Sospensione. Come succeda, e come cessi? art. 98. V. anche cessazione delle servitù.

Spazio intermedio, ch'era da osservarsi nella costruzione di nuovi edificj, e nel cambiamento dei vecchi. V. anche Fabbricare.

Spese di riparazione. V. Riparazione.

Stato, pristino; questo, in senso legale, non è più da rimettersi, qualora le spese di ricostruzione superassero il valore dello stato primiero della cosa, art. 97.

Stillicidio. Lo stillicidio, nel dubbio non vien considerato per una servitù, ma soltanto per un esercizio del diritto di proprietà competente sul sito ove cade, art. 35, Nota *a.* Cosa sia di ragione insorgendo il dubbio chi sia nella servitù dello stillicidio la parte dominante? art. 122, 138, 142. I §§ 475, 479, trattano d'una duplice servitù di

stillicidio affermativa, art. 125. Competendo ad alcuno il diritto dello stillicidio affermativo, non gli compete ancor sempre per questa ragione anche il diritto di condurlo, art. 126. Quando si verifichi il caso della semplice servitù di stillicidio affermativa? art. 127. Il diritto di poterlo dirigere appartiene ogni qualvolta che non potesse altrimenti pervenire nel fondo serviente, art. 128. Non si dee però lasciar cader l'acqua a fiume, o in massa, art. 129. La servitù dello stillicidio si riferisce soltanto all'acqua che stilla dal tetto, art. 131. L'acqua piovana può formar oggetto d'una triplice servitù, art. 132. I §§ 490, 491 non trattano di veruna servitù d'acqua negativa, ma bensì d'una affermativa, art. 134, 135, ed anzi della servitù di derivare l'acqua piovana, art. 136. Lo stillicidio può presentar materia di molte servitù art. 137-138. Chi sia, nel dubbio, da considerarsi proprietario della servitù, se le gronde cadono nel fondo altrui? art. 139.

T

Tigni immittendi servitus. V. servitù d'appoggiare il peso.

Titolo legale. In cosa consista rispetto alle servitù? art. 158-160. Tutti i titoli procurano un diritto di grado uguale, art. 162. Se, e come si richieda il titolo rispetto all'usucapione? art. 201, 202. Per la prescrizione non ne abbisogna alcuno art. 212.

Torto. Non si può aggravarsi, se alcuno si prevale del suo diritto, art. 44, e Nota *f*.

Turbamento dell' uso della Servitù. Di quali rimedj legali si possa in tal caso disporre? art. 90, 91 e 151.

U

Uso. Quand'anche si feccia uso dell' acqua pervenuta dall' altrui nel proprio fondo, per ciò solo non si può ancor sostenere d' averne acquistata la servitù, art. 140, 141. V. anche esercizio.
Usucapione Idea e requisiti dell' usucapione, art. 197. L' usucapiente dev' essere capace di acquisire, art. 198. Anche l' oggetto del diritto dev' essere capace d' acquisizione, art. 199. L' usucapiente dee aver posseduto il diritto della servitù, art. 200. Il possesso dev' essere giusto, art. 201. Cosa sia di diritto mancando il giusto titolo? art. 202. Il possesso deve anche essere di buona fede, e non vizioso, art. 203, 204. Entro qual periodo di tempo si acquisti la servitù coll' usucapione? art. 205. Il possesso della servitù dee continuare senza interruzione per tutto il tempo stabilito dalla legge, art. 206. Come ed in quanto abbiansi da provare i requisiti dell' usucapione, art. 210. L' usucapione scaduta accorda semplicemente un diritto personale, art. 160, 211. L' usucapione del diritto di proibire ed impedire non abbisogna, nel caso di prescrizione, nè di buona fede, nè di giusto titolo, art. 215-217. V. anche prescrizione, ed interruzione dell'usucapione.
Usurpatio. V. Interruzione.
Utile. Cosa si sottintenda? art. 44, 54. Vedi anche interesse e vantaggio.

V

Vantaggio. Cosa s' intenda sotto questa espressione, art. 44, 54. Le servitù debbono essere vantaggiose alla parte dominante, art. 53. Riguardo alle servitù affermative che realmente si esercitano, non si può sostenere che abbiano ad esser prive d'effetto per mancanza di vantaggio, art. 55; viceversa però riguardo alle servitù negative, quando non procurino verun vantaggio, art. 56, 57, 77, 78. Affinchè le servitù prediali possano essere vantaggiose, richiedesi, di regola, soltanto la vicinanza dei fondi, art. 63, 70, 71. L'esercizio della servitù dee sempre limitarsi al divisato vantaggio, art. 81, 82. Se la parte dominante intraprendesse qualche cosa per cui le divenisse inutile la servitù, purchè si possa supporre ancor sempre la rinnovazione dell' esercizio della servitù, questa non si estingue che col decorso di trent'anni, art. 120.

Vessazione. L'asserzione dei vicini che si costruisce una fabbrica per loro molestia e vessazione non può, giusta il diritto privato, impedirne la costruzione, art. 44.

Vicinanza. In quanto sia necessaria per costituire validamente una servitù? art. 63, 70, 71. V. anche servitù e fabbricare.

FINE DEL REPERTORIO.





